مختصر القدوري وحيث يذكر لفظ الكتاب يريد به مختصر القدوري ايضاً كذا في كشف الظنون وشرح مولانا حميد الدين لمات الكنز الشارح
والعيني وغيرهما وفي بعض المواضع نيل لفظ الكتاب تفسير الجامع الصغير وفي بعضها بتفسير مختصر القدوري وفي بعضها بتفسير المتن ومنها انه يذكر
لفظ قال اذا كانت المسألة مذكورة في القدوري او الجامع الصغير او كانت مذكورة في البداية كذا في غاية البيان وفي بيان فصل احكام الخنثى انما يقول
لفظ قال اذا كانت المسألة مذكورة في البداية مستند الفعل الى الامام محمد او الى القدوري وقال القاضي محمود العيني الهداية في الحقيقة
شرح الجامع الصغير للامام محمد والقدوري وفي مفتاح السعادة يذكر لفظ قال في اول كل مسألة اذا كانت مسألة القدوري ومسائل
الجامع الصغير او كانت مذكورة في البداية وان كانت مذكورة في غيرها لا يذكر قال وهكذا قال صاحب العناية وغيره اقول هذا بحسب الغالب والا
قال صاحب الهداية في اوائل كتاب الاقرار قال وان قال له علي مال قبل الخ وقال في نتائج الافكار وهذا القول قول الامام محمد في
المبسوط وليس هذه المسألة في الجامع الصغير فتأمل ومنها انه اذا قال هذا الحديث محمول على المعنى الفلاني يريد به انه حمل على
هذا المعنى اهل الحديث واذا قال نحمله يريد به انه يحمل على هذا المعنى ولم يحمله اهل الحديث كذا في مفتاح السعادة ومنها انه
لا يذكر الفاء في جواب اما اعتمادا على ظهور المعنى كذا في مفتاح السعادة والعبد الضعيف طالع كثيرا من النسخ المطبوعة والقديمة الصحيحة
بالقلم فما وجد فيها هذا الالتزام بل قد يأتي بها وقد لا يأتي ومنها انه اذا قال عند فلان يريد انه مذهبه واذا قال عن فلان يريد انه
رواية عن فلان كذا في مفتاح السعادة وقال العيني في شرح الهداية كلمة عن تستعمل في غير ظاهر الرواية وقال ابن الهمام ان كلمة
عند تدل على المذهب ومنها انه يسقط الواو التي للوصلية كذا قيل قال صاحب الهداية في اخر فصل وكالة الرجلين واما المرتد
فتصرفه في ماله ان كان نافذا الخ وشرح في نتائج الافكار بقوله اي وان كان نافذا الخ والعبد الضعيف ما وجد هذا الالتزام في النسخ
الصحيحة ومنها انه اذا تحقق نوع مخالفة بين عبارة القدوري وعبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ الجامع الصغير كذا في مفتاح السعادة
ومنها ان لفظ قالوا انما يستعمله فيما فيه اختلاف واذ حكى الاجماع يعلم باجراء اللفظ على اطلاقه بدونه كذا في النهاية في اخر كتاب الغصب
ومنها انه يجيب السؤال المقدر ولا يصرح السؤال والجواب بقوله ان قيل كذا قلنا كذا وامثاله الا في مواضع عديدة منها في اخر
باب الاستثناء من كتاب الاقرار حيث قال فان قال قائل الا عطاء الخ فنقول قد يكون الخ ومنها في اول كتاب الحجر ومنها في اخر كتاب
الاضحية ومنها في كتاب الرهن في اخر باب الرهن الذي يوضع على يد العدل ومنها انه اذا اورد النظير في مسألة ثم اراد ان يشير
فيشير الى النظير باسم الاشارة الذي يستعمل للبعيد ويشير الى تلك المسألة التي اورد لها النظير بالذي يستعمل للقريب كذا في
مفتاح السعادة ومنها انه اذا قال والتخريج كذا يريد به تخريج نفسه وينسب تخريج غيره الى صاحبه كذا في الفتاوى الخيرية
للعلامة الخطيب خير الدين بن الخطيب تاج الدين بن الياس زاده **هداية** في ذكر بعض المسامحات التي وقعت في النصف
الاخير من الهداية منها ما قال في المسائل المنثورة من كتاب البيوع لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين انتهى هذه الاشارة وقعت سهوا من قلم الناسخ قال الزيلعي لم اعرف الحديث الذي اشار اليه المصنف
ولم يتقدم في هذا المعنى الا حديث معاذ وهو في كتاب الزكوة وحديث بريدة وهو في كتاب السير وليس فيهما ذلك انتهى ومنها
ما قال في كتاب الكفالة في اخر فصل الضمان والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني انتهى في الكفاية
فيما لما في النهاية هذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعي الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق
الثاني بالاول انتهى وفي العناية فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمل على الغلط من الناسخ ولعله
الظهر انتهى وفي فتح القدير ان هذا [illegible] الكاتب ومنها ما قال في كتاب القسمة في باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق وفيها

فی فصل بیان الاستحقاق وهکذا ذکر فی الاسرار هذا من المسامحات فان وضع المسألة فی الاسرار فی استحقاق بعض شائع وههنا الکلام فی استحقاق بعض بعینه کذا فی الکفایة **ومنها** ما قال فی کتاب الذبائح فانه ای الحلقوم مجری العلف والماء والمریٔ مجری النفس هذا لیس بجید والحق عکسه فان الحلقوم مجری النفس والمریٔ مجری العلف والماء کذا فی الایضاح والمغرب وغیرهما **ومنها** ما قال فی کتاب الذبائح والنخاع عرق ابیض فی عظم الرقبة نسبه صاحب النهایة الی السهو وقال هو خیط ابیض فی جوف عظم الرقبة یمتد الی الصلب **ومنها** ما قال فی کتاب الدیات فی فصل بعد فصل الشجاج وقالا وزفر والحسن الخ هذا الترکیب غیر جائز ولو قال وقالا هما وزفر والحسن الخ کان صوابا کذا فی العنایة **ومنها** ما قال فی کتاب الوصایا فی آخر باب العتق فی مرض الموت فعنده الودیعة اقوی وعندهما سواء اقول هذا من المسامحات فان الکبار القدماء ذکروا الخلاف علی العکس قال الفقیه ابو اللیث السمرقندی فی کتاب مختلف الروایة والقدوری فی کتاب التقریب وفخر الاسلام فی شرح الجامع الصغیر والصدر الشهید فی شرح الجامع الصغیر والامام نجم الدین ابو جعفر عمر النسفی فی کتاب الحصر وغیرهم قالوا ان عندهما الودیعة اقوی وعنده هما سواء والتفصیل فی غایة البیان **ومنها** ما قال فی کتاب الوصایا فی الفصل التالی لباب العتق فی مرض الموت وهو قول محمد رح اقول لعل المصنف رح وجد روایة والا فالقدوری فی شرح مختصر الکرخی وشمس الائمة البیهقی فی الکفایة وصاحب التحفة والشیخ ابو نصر فی شرح الاقطع جعلوا قول محمد رح تقدیم الزکوة علی الحج کذا فی غایة البیان **ومنها** ما قال فی کتاب الوصایا فی باب الوصیة للاقارب وغیرهم لما روی ان النبی ﷺ لما تزوج صفیة الخ هذا من المسامحات والصواب جویریة کذا یفهم من روایة ابی داود وغیره **هدایة** فی بیان ما هو المراد من ظاهر الروایة اعلم ان کتب ظاهر الروایة المسماة بالاصول هی الکتب الستة للامام محمد بن الحسن الشیبانی المبسوط والزیادات والجامع الصغیر والجامع الکبیر والسیر الصغیر والسیر الکبیر کذا فی کشف الظنون ورد المحتار وانما سمیت بظاهر الروایة لانها رویت عنه بروایات الثقات فهی ثابتة عنه اما متواترة او مشهورة کذا قال الشامی وفی البحر ان کتب ظاهر الروایة کتب ستة وبعضهم لم یعد السیر الصغیر منها فکتب ظاهر الروایة خمسة کذا اورده فی تعالیق الانوار حاشیة الدر المختار لعبد المولی الدمیاطی وبعضهم لم یعد منها السیر بقسمیه کذا قال الطحطاوی فظاهر الروایة الکتب الاربعة کذا قال مؤید زاده وفی نتائج الافکار المراد بظاهر الروایة عند الفقهاء روایة الجامعین والزیادات والمبسوط والمراد بغیر ظاهر الروایة عندهم روایة غیرها وهذا مع کونه شائعا فیما بینهم مذکور فی مواضع شتی انتهی وفی العنایة المراد بالاصول الجامعان والزیادات والمبسوط ویعبر عنها بظاهر الروایة انتهی وقال فی مفتاح السعادة انهم یعبرون عن المبسوط والزیادات والجامعین بروایة الاصول ومن المبسوط والجامع الصغیر والسیر الکبیر بظاهر الروایة ومشهور الروایة وقال السید السند الشریف فی الاصطلاحات ظاهر المذهب وظاهر الروایة المراد بهما ما فی المبسوط والجامع الکبیر والجامع الصغیر والسیر الکبیر وقال بعض العلماء ان ظاهر الروایة هی المبسوط والزیادات والمحیط انتهی وفیه اما اولا فبانه یخالف ما قال هو فی موضع آخر ظاهر الروایة هی الروایة المذکورة فی الجامع الصغیر والجامع الکبیر والزیادات والسیر تصانیف محمد واما تصانیفه الاخری کالمبسوط وغیره فیطلق علی ما فیها غیر ظاهر الروایة انتهی واما ثانیا فبان المحیط لیس من ظاهر الروایة عند احد ولا یستبعد امثال هذا الخطاء عنه فانه قال فی حاشیته یجری الربوا بین المعدودین کما یجری بین الموزونین انتهی واما النوادر فهی المسائل المرویة لا فی کتب ظاهر الروایة کالرقیات هی مسائل جمعها محمد حین کان قاضیا بالرقة بفتح الراء المهملة وتشدید القاف مدینة علی جانب الفرات رواها عنه محمد بن سماعة والکیسانیات هی مسائل املاها محمد علی ابی عمرو سلیمان بن شعیب الکیسانی نسبة الی کیسان بفتح الکاف فنسبت الیه کذا قال الطحطاوی وفی مفتاح السعادة ان الکیسانیات جمعها لرجل یسمی کیسان والهارونیات هی مسائل جمعها محمد فی زمن

هارون الرشيد كذا قال الطحطاوي وفي مفتاح السعادة ان الهارونيات مسائل جمعها لرجل يسمى بهارون والجرجانيات هي مسائل جمعها محمد بجرجان كذا قال الطحطاوي في حاشية مراقي الفلاح شرح نور الايضاح وانما قيل لها غير ظاهر الرواية لانها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الاول ومنها كتب الامالي المروية عن ابي يوسف والامالي جمع املاء وهو ما يقوله العالم بما فتح الله عليه من ظهر قلبه ويكتبه التلامذة وكان ذلك عادة السلف كذا قال الشامي ثم اعلم ان الامام محمد صنف اولا المبسوط وسماه بالاصل واملاه على اصحابه ونسخ المبسوط المروي عنه متعددة اظهرها واشهرها مبسوط ابي سليمان الجوزجاني وشرح المبسوط جماعة كثيرة كشيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة الحلواني وغيرهما وصنفوا الشروح مختلطة بكلام الامام محمد من غير تمييز لكلامه كما فعله شراح الجامع الصغير كفخر الاسلام علي البزدوي وقاضيخان فحيث يقال ذكره قاضيخان في الجامع الصغير يراد به شرحه وحيث وقع في الخلاصة نسخة شيخ الاسلام وغيره فالمراد شرحهم وتروى ان الشافعي استحسن مبسوط محمد وحفظه واسلم حكيم من اهل الكتاب بسبب مطالعته وقال هذا كتاب محمدكم الاصغر فكيف كتاب محمدكم الاكبر كذا في كشف الظنون ثم بعده صنف الجامع الصغير ولم يرتب مسائله وانما رتبه ابو عبد الله الحسن ابن احمد الزعفراني الفقيه الحنفي كذا قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير وهو كتاب يشتمل على الف وخمسمائة واثنين وثلثين مسئلة كذا قال البزدوي وجمع فيه ما رواه له ابو يوسف عن ابي حنيفة وابو يوسف مع جلالة قدره كان لا يفارق هذا الكتاب في حضر ولا في سفر وكان علي الرازي القديم لا يقلد احدا القضاء الا اذا حفظ الجامع الصغير وقد شرحه جماعة ثم بعده صنف الجامع الكبير قال الشيخ اكمل الدين هو كاسمه لجلائل مسائل الفقه جامع كبير قد اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات وجمع فيه ما رواه له ابو حنيفة وكان من عادات الملك المعظم عيسى بن ابي بكر الايوبي صاحب الشام ان يعطي مائة دينار لمن يحفظ الجامع الكبير وخمسين دينار لمن يحفظ الجامع الصغير واعتنى بشرح الجم الغفير ثم بعده صنف الزيادات وانما سمي به لانه كان يختلف الى ابي يوسف وكان يكتب من اماليه فجرى على لسان ابي يوسف ان محمدا يشق عليه تخريج هذه المسائل فبلغه فبناه مفرعا على مسائل بابا وسماه الزيادات اي زيادة على ما املاه ابو يوسف وقيل انما سمي به لانه لما فرغ من تصنيف الجامع الكبير تذكر فروعا لم يذكرها في الكبير فصنفه ثم تذكر فروعا اخرى وصنف كتابا اخر سماه زيادات الزيادات كذا قال قاضيخان وقد شرحه الكثيرون ثم صنف بعده السير الصغير وقع بيد الاوزاعي امام اهل الشام فقال لمن هذا الكتاب فقيل لمحمد العراقي فقال ما لاهل العراق والتصنيف في هذا الباب فانه لا علم لهم بالسير فبلغ ذلك محمدا فصنف بعد ذلك السير الكبير فلما نظر فيه الاوزاعي فقال لولا ما ضمنه من الاحاديث لقلت انه يضع العلم من نفسه ثم امر محمد ان يكتب هذا الكتاب في ستين دفترا وان يحمل الى الخليفة فاعجبه وعده من مفاخر ايامه وهو اخر مصنفاته في الفقه بعد انصرافه من العراق ولهذا لم يروه عنه ابو حفص ولم يذكر اسم ابي يوسف في شيء منه لانه صنفه بعد ما استحكمت النفرة بينهما وكلما احتاج الى رواية عنه قال اخبرني الثقة وهذا كله من كشف الظنون وقال الطحطاوي ان كل تاليف لمحمد وصف بالصغير فهو من روايته عن ابي يوسف عن الامام وما وصف بالكبير فروايته عن الامام بلا واسطة

هدايت في ترجمة بعض المذكورين في النصف الاخير من الهداية على حسب ما تيسر من صفات احوالهم وقد التزمت في ذكر عنواناتهم ما يعرفون به صاحبها من علم او كنية او لقب او نسبة واخرها على ترتيب حروف الهجاء تسهيلا على الطالب انه المليء المستعان

حرف الالف ابو اسيد بضم الهمزة كذا قال ابن حجر هو مالك بن ربيعة بن البدن بفتح الموحدة والمهملة بعدها نون مشهور صحابي شاعري شهد بدرا وغيرها مات سنة ثلثين كذا في التقريب وقال الواقدي سنة ثلث وخمسين وقال المدائني مات سنة ستين قيل وهو اخر من مات من البدريين

ابو بكر هو عبد الله بن ابي قحافة عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب التيمي كان خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبه وثاني اثنين اذ هما في الغار ورفيقه في الحضر والسفر وامه ام الخير سلمى بنت صخر بن عامر اسلم ابواه وكان ملقبا بالعتيق وروي عن علي ... [illegible]

هو الذي سمي ابا بكر عتيقا على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت عائشة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابو بكر عتيق الله من النار
قال الذهبي قال عروة اسلم وله يعني اربعون الف دينار وروى ابو نعيم في الحلية بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا له فقال اللهم اجعل ابا بكر معي
في درجتي يوم القيامة فاوحى الله اليه ان الله قد استجاب لك تولى الخلافة بعد النبي صلى الله عليه وسلم سنتين وشيئا وكان قليل الاعتياد
بالرواية توفي يوم الاثنين في جمادى الاولى وقال العارف الشعراني في الثاني والعشرين من جمادى الآخرة سنة ثلث عشرة من الهجرة
وهو ابن ثلث وستين سنة وصلى عليه عمر بن الخطاب ودفن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجرة ابنته عائشة رضي الله تعالى
عنهم ولنعم ما قيل ؎ مفخر في الغار حبا ومفخر له في الثرى في مضجع خير مضجع * **ابو بكر محمد** بن الفضل الكماري فقيه من الاجلة قال في غاية البيان
الكماري بضم الكاف وتخفيف الميم بعدها الالف وبعدها الراء المكسورة وفي آخرها ياء ساكنة اسم قرية ببخارا **ابو جعفر** هو البلخي الهندواني كان
بارعا في الفقه شيخ زمانه يقال له ابو حنيفة الاصغر توفي ببخارا سنة اثنين وستين وثلث مائة كذا قال الامام اليافعي **ابو حنيفة** هو النعمان بن ثابت
بن زوطى بضم الزاي المعجمة وفتح الطاء المهملة وقيل بفتحتين كذا في تعاليق الانوار على الدر المختار ابن ماه الامام الفقيه الكوفي وجده زوطى من اهل كابل وقيل
من اهل بابل وقيل من اهل الانبار وقيل من اهل ترمذ وهو الذي مسه الرق فاعتق مولاه من بني تيم الله وولد ثابت على الاسلام وقيل ان النعمان
ابن ثابت بن النعمان بن المرزبان من ابناء فارس من الاحرار وما وقع عليه رق والنعمان بن المرزبان ابو ثابت هو الذي اهدى الى علي بن ابي طالب رضي الله
عنه الفالوذج في يوم مهرجان فقال علي مهرجونا كل يوم كذا قال الخطيب في تاريخه وذهب ثابت الى علي بن ابي طالب وهو صغير فدعا له بالبركة فيه
وفي ذريته ونقل في مفتاح السعادة ان ثابتا توفي وتزوج ام الامام الامام جعفر الصادق وكان الامام صغيرا وتربى في حجر الامام جعفر الصادق
وهذه منقبة عظيمة وقال ابن خلكان ادرك الامام اربعة من الصحابة وهم انس بن مالك بالبصرة وعبد الله بن ابي اوفى بالكوفة وسهل بن
سعد الساعدي بالمدينة وابو الطفيل عامر بن واثلة بمكة ولم يلق احدا منهم ولا اخذ عنه وقال ابن حجر انه روى عن ابن ابي اوفى حديثا
واحدا وذكر الخطيب في تاريخ بغداد انه رأى انس بن مالك رضي الله عنه وقال ابن حجر قد صح كما قال الذهبي انه رآه وهو صغير وفي رواية قال
رأيته مرارا وكان يخضب بالحمرة وجاء من طرق انه روى عنه احاديث ثلثة واثبت العيني سماعه لجماعة من الصحابة ورده عليه الشيخ
الحافظ قاسم الحنفي وقيل انه ادرك بالسن نحو عشرين صحابيا وان لم يلق كلهم وقال الخوارزمي في مسند الامام اتفق العلماء على انه
روى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة او سبعة او ثمانية على اختلاف الروايات ونقل علي القاري في شرح شرح النخبة عن
السخاوي ان المعتمد انه لا رواية للامام عن احد من الصحابة لصغره في زمن ادراكه اياهم وكان هو زاهدا عابدا ورعا تقيا كثير الخشوع كثير
الصمت دائم التضرع الى الله تعالى صاحب الكرامات وقد عد مشايخه فبلغ اربعة آلاف شيخ كذا في مفتاح السعادة وذكر الخطيب في
تاريخه وغيره ان ابا حنيفة رأى في المنام كانه ينبش قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجمع عظامه الى صدره فبعث من سأل
محمد بن سيرين فقال ابن سيرين صاحب هذه الرؤيا يثور علما لم يسبقه اليه احد قبله قال الشافعي قيل لمالك هل رأيت ابا حنيفة
فقال نعم رأيت رجلا لو كلمك في هذه السارية ان يجعلها ذهبا لقام بحجته وروى حرملة بن يحيى عن الشافعي انه قال من اراد ان يتبحر في الفقه
فهو عيال على ابي حنيفة وروى الربيع عن الشافعي الناس عيال في الفقه على ابي حنيفة وروى ابو عبيد عن الشافعي يقول من اراد ان يعرف الفقه
فليلزم ابا حنيفة واصحابه كذا في تعاليق الانوار وقال يحيى بن معين الفقه فقه ابي حنيفة على هذا ادركت الناس وقال ابن المبارك قلت
لسفيان الثوري يا ابا عبد الله ما ابعد ابا حنيفة عن الغيبة ما سمعته يغتاب عدوا له قط فقال هو اعقل من ان يسلط على حسناته ما يذهبها
وروي انه حج خمسا وخمسين حجة وانه صلى صلوة الفجر بوضوء العشاء اربعين سنة وكان غالبا يقرأ جميع القرآن في الليل في ركعة واحدة
وكان يسمع بكاؤه في الليل حتى يرحمه جيرانه وقال الشعراني في الطبقات قال عبد الله بن المبارك بلغنا عن ابي حنيفة انه صلى الصلوات الخمس اربعين

سنة بوضوء واحد كان يروح ساكنا ليلة مختفيا بين الظهر والعصر في الشتاء ثم يحفظه من اول الليل وقال الحسن بن عمارة لما تولى غسل ابي حنيفة رحمك
الله وغفر لك لم تفطر منذ ثلثين سنة ولم تتوسد يمينك في الليل منذ اربعين سنة قال ابن خلكان فضل هذا الامام لا يشك في دينه وورعه
وتحفظه وبعض من العلماء السابقين الذين لهم تعصب لا يبالون بالطعن على الايمة كالخطيب طعن على ابي حنيفة والامام احمد وكان ابن الجوزي
ما تابع الخطيب في الطعن على ابي حنيفة وقال سبطه ليس العجب من الخطيب فانه طعن في جماعة من العلماء انما العجب من الجد كيف سلك
اسلوبه وكان ابي نعيم انه لم يذكر ابا حنيفة في الحلية وذكر من دونه علما وزهدا قال ابن حجر في بعض رسائله ان الطعن ان كان من غير اقران الامام
فهو مقلد لما قاله او كتبه اعداؤه وان كان من اقرانه فلا يعتد به لان قول الاقران بعضهم في بعض غير مقبول كما صرح به الذهبي قال ولا سيما
اذا لاح انه لعداوة المذهب والحسد لا ينجو منه الا من عصمه الله تعالى وقال التاج السبكي ينبغي لك ان تسلك سبيل الادب مع الايمة
الماضين فاياك ثم اياك ان تصغي الى ما اتفق بين ابي حنيفة وسفيان الثوري وقال الغزالي كان ابو حنيفة فلقد كان ايضا عابدا زاهدا عارفا بالله
تعالى خائفا منه مريدا وجه الله تعالى بعلمه والعجب من مقلدي الامام الشافعي كيف يطعنون اما ما كان يتادب معه الامام الشافعي هل هذا
الا طعن امام مذهبه قال الشعراني في الميزان لو انصف المقلدون للامام مالك والشافعي لم يضعف احد منهم قولا من اقوال ابي حنيفة بعد
ان سمعوا مدح ايمتهم له ولو لم يكن من التنويه برفعة مقامه الا كون الامام الشافعي ترك القنوت في الصبح لما صلى عند قبر الامام ابي حنيفة
لكان فيه كفاية في لزوم ادب مقلديه معه وقد انكشف لبعض اصحاب الكشف كالامام الشعراني وغيره ان مذهب الامام ابي حنيفة اخر المذاهب
انقطاعا كما هو اول المذاهب المدونة وما في الدر المختار من انه يحكم بمذهبه عيسى عليه السلام فلو لا دليل عليه قال الحافظ السيوطي
ان ما يقال ان عيسى يحكم بمذهب من المذاهب الاربعة باطل لا اصل له كيف يظن بنبي انه يقلد مجتهدا بل انما يحكم بالاجتهاد او بما كان يعلمه
قبل من شريعتنا بالوحي او بما تعلمه منها وهو في السماء او انه ينظر في القرآن فيفهم منه واتفق معه علي القاري وقال انه امر لا اصل له لا مانع
من ان ينزل على عيسى عليه السلام وحي فانه ليس دليل قاطع على انه لا ينزل الوحي بعد نبينا صلى الله عليه وسلم نعم انه لا نبي بعد نبينا
صلى الله عليه وسلم انتهى ملخصا وكذا من اختراعات الحنفية الجهلة ان الخضر عليه السلام تعلم من ابي حنيفة ثلثين سنة في حياته و
بعد موته من قبره قال علي القاري اما ترى ان الخضر عبد من عباد الله قال تعالى في شانه اتيناه رحمة من عندنا وعلمناه من لدنا
علما وكان قد علم موسى عليه السلام فكيف يكون من جملة تلاميذ ابي حنيفة رح وكذا من الافتراءات ان الامام المهدي يقلد ابا حنيفة رح
قال علي القاري انه مجتهد مطلق لا يجوز له التقليد وقال الشيخ ابن العربي ان المهدي يحرم عليه القياس فيما يحكم به لا بما يلقي اليه الملك
من عند الله تعالى الذي بعثه الله تعالى ليسدده وعلى كل تقدير فكيف يقلد ابا حنيفة رح وقد ورد في مناقب ابي حنيفة احاديث منها
انه عليه الصلوة والسلام قال ان ادم افتخر بي وانا افتخر برجل من امتي اسمه نعمان وكنيته ابو حنيفة هو سراج امتي وروي عنه عليه الصلوة
والسلام ان سائر الانبياء يفتخرون بي وانا افتخر بابي حنيفة من احبه فقد احبني ومن ابغضه فقد ابغضني كذا اورد في الدر المختار
ناقلا عن التقدمة شرح مقدمة ابي الليث واورد القاضي ابو البقاء ابن الضياء المكي في الضياء المعنوي شرح مقدمة الغزنوي حديثا اخرجه الخطيب من
رواية ابي هريرة في امتي رجل اسمه النعمان وكنيته ابو حنيفة هو سراج امتي هو سراج امتي هو سراج امتي وقال ابن الجوزي ان هذه
الاخبار موضوعة واتفق معه الحافظ الذهبي والحافظ السيوطي والحافظ ابن حجر العسقلاني والشيخ قاسم الحنفي وشان ابي حنيفة رح
ارفع من ان يثبت له فضل بمثل هذه الاحاديث الموضوعة ويكفي في اثبات علو درجته الاحاديث الصحيحة منها ما رواه الشيخان عن
ابي هريرة قال النبي صلى الله عليه وسلم ووضع يده على سلمان فقال لو كان الايمان عند الثريا لناله رجال من هؤلاء وقوله من هؤلاء جمع
اسم الاشارة والمشار اليه سلمان وحده على ارادة الجنس فيحتمل ان يراد بهم اهل العجم كلهم وقد كان جد ابي حنيفة من فارس قال الحافظ السيوطي

هذا الحديث الذي رواه الشيخان اصل صحيح يعتمد عليه في الاشارة الى ابي حنيفة وقال العلامة الشامي صاحب السيرة تلميذ الحافظ السيوطي
ما جزم به شيخنا من ان ابا حنيفة هو المراد من هذا الحديث ظاهر لا شك فيه لانه لم يبلغ من ابناء فارس في العلم مبلغه احد وقال الشامي
واما سلمان الفارسي فهو وان كان افضل من ابي حنيفة من حيث الصحبة لكنه لم يكن في العلم والاجتهاد ونشر الدين وتدوين احكامه كابي حنيفة
وقد يوجد في المفضول ما لا يوجد في الفاضل ومنها ما اورده العلامة ابن حجر المكي من انه عليه الصلوة والسلام قال ترفع زينة الدنيا سنة
خمسين ومائة وقد قال شمس الائمة الكردري ان هذا الحديث محمول على ابي حنيفة لانه مات في تلك السنة وقال ابن عبد البر لا تتكلموا في ابي حنيفة
بسوء ولا تصدقن احدا يسيئ القول فيه فاني والله ما رأيت افضل ولا اورع ولا افقه منه وكان يزيد بن هبيرة امير العراقين اراده ان يلي القضاء
بالكوفة ايام مروان بن محمد آخر ملوك بني امية فابى عليه فضربه مائة سوط بعشرة ايام كل يوم عشرة اسواط وهو على الامتناع فلما رأى ذلك خلى
سبيله وكذا ابو جعفر المنصور من الكوفة الى بغداد واراد ان يوليه قضاء القضاة فابى فحلف عليه ليفعلن وحلف ابو حنيفة ان لا يفعل
وجرى بينهما كلام واستقر الامام على الامتناع فامر به الى الحبس ونقل ان الامام قال انا لا اصلح للقضاء فقال له المنصور كذبت انت فقال له
الامام كيف يحل لك ان تولي قاضيا من هو كذاب وحكى الخطيب ايضا في بعض الروايات ان المنصور جعله قاضيا جبرا وتولى الامام القضاء يومين وبعد
اليومين اشتكى الامام فمرض ستة ايام ثم مات وكانت ولادته سنة ثمانين من الهجرة بالكوفة كذا قال ابن حجر وقيل سنة احدى وسبعين وقيل
سنة سبعين وقيل سنة احدى وستين وتوفي في رجب وقيل في شعبان سنة خمسين ومائة وقيل ثلث وخمسين ببغداد في السجن
وقيل انه لم يمت في السجن وقيل انه دفع اليه قدح فيه سم فامتنع وقال لا اعين على قتل نفسي فصب في فيه قهرا وقيل ان ذلك بحضرة المنصور
ومات منه وصلى عليه الحسن بن عمارة وحزر من صلى عليه مقدار خمسين الفا وجاء المنصور فصلى على قبره وكان الناس يصلون على قبره
الى عشرين يوما كذا في مفتاح السعادة ودفن في بغداد وقبره هناك يزار وصح ان الامام لما احس بالموت سجد فمات وهو ساجد رضي الله
تعالى عنه وعن تابعيه **ابو حفص** الكبير هو احمد بن حفص اخذ عن محمد بن الحسن ووفاته سنة سبع عشرة ومائتين كذا قال العيني
وله اصحاب كثيرة ببخارا كان في زمن محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح كذا قيل وابنه عبد الله معروف بابي حفص الصغير
ابو خازم بالخاء المعجمة كذا في المغرب اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز كان قاضيا حنفيا اصله من البصرة وسكن بغداد كان ثقة ورعا عالما بفنون علم
الحساب والفرائض حاذقا في عمل المحاضر والسجلات وقد كان اخذ العلم عن هلال بن يحيى البصري وولي قضاء الكوفة وغيرها توفي في جمادى الاولى
سنة اثنين وتسعين ومائتين كذا قال في غاية البيان **ابو سليمان** هو موسى بن سليمان الجوزجاني اخذ الفقه عن محمد بن الحسن عرض عليه المامون القضاء
فاستعفى فعفي له وله كتاب السير الصغير وكتاب الصلوة واصل محمد بن الحسن المتعارف في ديار الروم رواية عنه كذا في مفتاح السعادة ووفاته بعد المائتين من
الهجرة كذا قال العيني **ابو عبيدة** بن الجراح هو عامر بن عبد الله بن الجراح القرشي الفهري اسلم قديما وشهد بدرا والمشاهد كلها وهو احد
العشرة المبشرة وامين الامة وكان احب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ابي بكر وعمر كذا روي عن ام المؤمنين عائشة ومناقبه كثيرة مات في
طاعون عمواس سنة ثماني عشرة وهو ابن ثمان وخمسين سنة **ابو عبيدة** معمر بن المثنى هو تيمي نسبة الى تيم قريش كان مولاهم البصري النحوي
اللغوي وقد رمي برأي الخوارج وكان هو من اتباع التابعين وكان يبغض العرب ولا يزال يصنف حتى بلغ تصانيفه مائتين مات بالبصرة سنة ثمان و
مائتين وقيل بعد ذلك وقد قارب المائة كذا في التقريب وقال ابن خلكان انه كان لا يرضى من لسانه احد ولا يسلم احد من لسانه لا شريف ولا غيره
ولذا لما مات لم يحضر جنازته احد **ابو عصمة** نوح بن ابي مريم المروزي لقب بالجامع لانه اول من جمع فقه ابي حنيفة وقيل لانه كان له اربع مجالس
مجلس للاثر ومجلس لاقاويل ابي حنيفة ومجلس للنحو ومجلس للشعر قال ابن حجر كذبوه في الحديث وقال ابن المبارك كان يضع مات سنة ثلث وسبعين
ومائة وكان على قضاء مرو لابي جعفر المنصور كذا في مفتاح السعادة وقال في غاية البيان ان ابا عصمة المروزي هو سعد بن معاذ المروزي

تلميذ ابراهيم بن يوسف وهو تلميذ ابي يوسف مات **ابو الليث** هو الفقيه الامام نصر بن محمد السمرقندي الحنفي كان من معتمدي الحنفية
وله شرح على الجامع الصغير وعلى الجامع الكبير وله تفسير وتصانيف اخرى توفي سنة ثلث وسبعين وثلثمائة وقيل خمس وسبعين وثلثمائة
وقيل غير ذلك **ابو منصور الماتريدي** هو محمد بن محمد وكان شيخ الحكمة في علم الكلام ينتهي سلسلة تلمذه الى ابي حنيفة بثلث وسائط
وماتريد قرية من قرى سمرقند توفي سنة اثنتين وثلثين وثلثمائة كذا قيل **ابو موسى الاشعري** هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار
بفتح الحاء المهملة وتشديد الضاد المعجمة كذا في التقريب قدم حين حاصر المدينة للدولة بعد فتح خيبر واستعمله صلى الله عليه وسلم على
زبيد وعدن واستعمله عمر على البصرة وولي الكوفة زمن عثمان وكان حسن الصوت قصيرا خفيف اللحم كذا قال الذهبي مات سنة اثنتين واربعين
وقال الامام اليافعي سنة اربع واربعين وقال الهيثم بن عدي مات سنة خمسين وقيل سنة احدى وخمسين وعن المدائني سنة ثلث
وخمسين قيل بالكوفة وقيل بمكة والاشعري نسبة الى اشعر وهو نبت بن ادد وانما قيل له اشعر لان امه ولدته والشعر على بدنه كذا قال
ابن خلكان **ابو هريرة** كانت له هرة صغيرة كذا قال السمعاني في الانساب كذا قال الامام اليافعي رح وهو صحابي دوسي جليل القدر
حافظ الصحابة سكن الصفة واستوطنها طول عمر النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقل عنها وكان عريف من سكن الصفة ومن نزلها وكان النبي
صلى الله عليه وسلم اذا اراد ان يجمع اهل الصفة لطعام حضر تقدم الى ابي هريرة ليدعوهم لمعرفته بهم وبمنازلهم ومراتبهم وكان هو صابرا على الفقر الشديد معرضا
عن مخالطة الاغنياء فقيرا متعففا قائما الليل صائما النهار قال الذهبي نقلا عن عثمان ما نقل [illegible] في اسمه واسم ابيه فقيل عبد الرحمن بن
صخر وقيل ابن غنم وقيل عبد الله بن عائذ وقيل ابن عامر وقيل ابن عمرو وقيل عامر بن عبد شمس وقيل ابن عمير وقيل سعيد بن الحارث وقيل عبد شمس
واختاره ابو نعيم في الحلية وقال ابن حزم هذا الاكثرون الى الاول ويعلم بان عبد شمس تغير بعد ان اسلم تولى امرة المدينة في ايام معوية وكان
يوما [illegible] خطب على [illegible] وقال [illegible] وروي عنه انه كان يصلي خلف علي رضي الله عنه ويأكل من سماط معاوية ويعتزل القتال فسئل
عن ذلك فقال الصلوة خلف علي افضل وسماط معاوية ادسم وترك القتال اسلم هكذا حكى عنه كذا قال الامام اليافعي رح توفي سنة سبع
وقيل سنة ثمان وقيل تسع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة **ابو يوسف** هو الامام القاضي يعقوب بن ابراهيم بن حبيب
من اولاد سعد بن حبتة الانصاري وهو احد الصحابة رضي الله عنهم وسمي في الانصار بامه وهي حبتة بنت مالك من بني عمرو بن عوف وهو
سعد يوم الخندق مع صغر سنه ورآه النبي صلى الله عليه وسلم وقال من انت فقال سعد بن حبتة فقال اسعد الله جدك ومسح على رأسه رضي الله عنه
وكان القاضي ابو يوسف من اهل الكوفة وصاحب ابي حنيفة وكان فقيها حافظا كان يحفظ اربعين الف حديث من الاحاديث الموضوعة ويخلطها
بالصحيح وروى عنه محمد بن الحسن الشيباني ويحيى بن معين وغيرهما وقال ابن عبد البر انه كان يحضر المحدث ويحفظ خمسين ستين
حديثا ثم يقوم فيمليها على الناس وقد سكن بغداد وتولى القضاء بها لثلثة من الخلفاء المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد وكان الرشيد
يكرمه ويجله وهو اول من دعي بقاضي القضاة وكان هو في اول الحال حين طلب الحديث والفقه مفلوكا فيتعهده ابو حنيفة ويتعهد
بدراهم وكان ابوه وامه يمنعان من تحصيل العلوم والاشتغال ويحرضان على تحصيل المعاش وطلب الدنيا وهو لا يسمع قولهما فوهب الله له حتى
نفعه الله تعالى بالعلم ورفعه الى الدرجة العليا في الدين والدنيا وقال هلال بن يحيى كان ابو يوسف يحفظ التفسير والمغازي وايام العرب وكان اول علومه
الفقه ولم يكن في اصحاب ابي حنيفة مثل ابي يوسف وقال علي بن الجعد سمعت ابا يوسف يقول العلم شيء لا يعطيك بعضه حتى تعطيه
كلك وروي انه كان عند عيسى بن جعفر جارية سأله الرشيد ان يهبها له فامتنع وسأله ان يبيعها فابى فحلف الرشيد بالله لئن لم تفعل هذا
احد الامرين لاقتلنك وحلف عيسى ان لم اهب هذه الجارية او بعتها فكل ما املك صدقة وكل مملوك حر وزوجتي طالق فسأل الرشيد ابا يوسف عن
ذلك المخرج فقال ابو يوسف يهب عيسى لك نصفها ويبيعك نصفها فكان ليمينه لم يحنث ووهب للرشيد نصف الجارية

وباع نصفها الباقي بمائة الف دينار فقبل الرشيد الهبة وقال اشتريت نصفها بمائة الف دينار فلما تم البيع والهبة قبض الرشيد الجارية وقال لابي يوسف ان هذه مملوكة ولابد ان تستبرأ ووالله لئن لم ابت معها ليلتي هذه لاظن ان نفسي ستخرج قال ابو يوسف يا امير المؤمنين اعتقها وتزوجها فان الحرة لا تستبرأ فاعتقها الرشيد وتزوجها تلك الساعة بحضرة شاهدين على عشرين الف دينار ودفعه اليها واعطى الرشيد بصلة هذه الفتوى ابا يوسف مائتي الف درهم وعشرين تختا ثيابا وولد القاضي ابو يوسف سنة ثلث عشرة ومائة بالكوفة وتوفي يوم الخميس اول وقت الظهر لخمس خلون من ربيع الاول سنة اثنين وثمانين ومائة ببغداد وقيل سنة اثنين وتسعين ومائة ومات وهو على القضاء

ابن ابي ليلى هو محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى الانصاري قاضي الكوفة اقام حاكما ثلثا وثلثين سنة ولي لبني امية ثم لبني العباس كان فقيها بالفقه كذا قال الامام اليافعي ولد سنة اربع وسبعين من الهجرة ومات سنة ثمان واربعين ومائة كذا قال العيني **ابن رستم** كان فقيها ثقة معتمدا **ابن زياد** هو شيخ ابي حنيفة روى عنه ابو اسحق الشيباني وهو روى عن ابن عمر وغيره **ابن سماعة** هو ابو عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد بن هلال من كبار اصحاب محمد وابي يوسف كان من العابدين يصلي في كل يوم مائتي ركعة كذا في نتائج الافكار كان حافظا ثقة توفي سنة ثلث وثلثين ومائتين كان قاضيا للمامون ببغداد فلم يزل قاضيا الى ان ضعف بصره فعزل له كتاب ادب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات كذا في مفتاح السعادة **ابن شبرمة** هو عبد الله بن شبرمة الكوفي فقيه اهل الكوفة وقاضيهم عداده في التابعين روى عن انس بن مالك كذا قال العيني ولد سنة اثنين وسبعين من الهجرة كان عفيفا عارفا عاقلا شاعرا جوادا مات سنة اربع واربعين ومائة كذا قال الامام اليافعي **ابن عباس** هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالفهم في القرآن فكان يسمى البحر والحبر لسعة علمه وروى عنه انه قال قبض النبي صلى الله عليه وسلم وانا ابن ثلث عشرة سنة وروى عنه انه قال انا ابن خمس عشرة سنة وقد كان ابن عمر يقول ابن عباس اعلم امة محمد بما انزل على محمد مات بالطائف سنة ثمان وستين وقيل سنة تسع وستين وقيل سبعين وصلى عليه محمد بن الحنفية وقال اليوم مات رباني هذه الامة وكان هو كثير الرواية وفقيها من العبادلة

ابن عمر هو عبد الله بن عمر بن الخطاب يكنى ابا عبد الرحمن اسلم قديما وهو صغير وهاجر مع ابيه الى المدينة واستصغر يوم احد وهو ابن اربع عشرة سنة ثم شهد الخندق والمشاهد بعدها قالت ام المؤمنين حفصة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان عبد الله رجل صالح وقال مالك افتى الناس ستين سنة وكان هو احد المكثرين من الصحابة وواحدا من العبادلة وشديد التمسك بآثار النبي صلى الله عليه وسلم مات في مكة سنة ثلث وسبعين وهو ابن اربع وثمانين سنة وقيل سنة اربع وسبعين ودفن بذي طوى في مقبرة المهاجرين كذا قال ابن خلكان وروي ان عبد الملك لما ارسل الى الحجاج ان لا يخالف ابن عمر شق عليه ذلك فامر رجلا معه حربة يقال انها كانت مسمومة فلما دفع الناس من عرفة لصق ذلك الرجل به فامر الحربة على قدمه فمرض منها اياما ومات رضي الله عنه قال نافع ما مات ابن عمر حتى اعتق الف انسان او زاد **ابن مسعود** هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي يكنى ابا عبد الرحمن اسلم بمكة قديما وشهد بدرا والمشاهد كلها وكان صاحب نعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعصاه ومن كبار العلماء وامره عمر على الكوفة قال البخاري مات بالمدينة قبل عثمان رض وقيل مات سنة اثنين وثلثين وقيل سنة ثلث وثلثين وقيل مات بالكوفة **الاوزاعي** هو عبد الرحمن بن عمرو بن ابي عمرو الاوزاعي يكنى ابا عمرو امام اهل الشام كان فقيها من كبار التابعين جمع العبادة والورع وكان ثقة مامونا صدوقا حافظا اجاب عن ثمانين الف مسألة في الفقه من حفظه ولد سنة ثمان وثمانين ومات ببيروت سنة مائة وسبع وخمسين يوم الاحد لليلتين بقيتا من صفر وقيل في ربيع الاول وقبره في قرية على باب بيروت يقال لها حنتوس وهو مدفون في قبلة المسجد والاوزاعي نسبة الى اوزاع بطن من ذي الكلاع من اليمن وقيل بطن من همدان وقيل الاوزاع اسم قرية مشهورة بدمشق على طريق باب الفراديس

عليه وقال ابن حجر هذا عندي من الاوهام فانه كان حيا في عهد عمر وروي عن عمر رضي الله عنهم **حرف الخاء المعجمة** **خالد**
ابن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي من كبار الصحابة يكنى ابا سليمان اسلم بين الحديبية والفتح وشهد مؤتة
ويومئذ سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيف الله وشهد الفتح وحنينا وقال الواقدي هو اسلم بعد فتح خيبر اول يوم من صفر سنة
ثمان واستعمله ابو بكر على قتال اهل الردة ومسيلمة الكذاب ثم وجهه الى العراق ثم الى الشام مات بحمص وقيل بالمدينة سنة احدى و
عشرين وقيل سنة اثنتين وعشرين **خبيب** هو صحابي جليل قتل في ايدي الكفار في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وصلب واخبر الله عز
وجل نبيه صلى الله عليه وسلم بموته بآية كانت في القرآن ثم نسخت **الخصاف** هو ابو بكر احمد بن عمرو الشيباني كان محدثا لكنه
قل ما روى شيخ الحنفية حاسبا عالما بالرأي مقدما عند المهتدي بالله زاهدا ورعا كان يأكل من صنعته صنف تصانيف
ككتاب الخراج وكتاب الحيل وادب القاضي واحكام الوقوف وغيرها ولما قتل المهتدي نهبت دار الخصاف فذهب بعض كتبه
وكان قد قارب الثمانين مات ببغداد سنة احدى وستين ومائتين كذا في اعلام النبلاء وقال قاضيخان ان الخصاف كان كبيرا
في العلم **الخليل** بن احمد الفراهيدي الازدي هو امام اللغة والعروض والنحو كان بارعا ذكيا مستنبط علم العروض ومخترعه وقال
انه دعا بمكة ان يرزق علما لم يسبق اليه احد فلما رجع من حجه القى عليه علم العروض واجتمع هو في البصرة
حلقته لكنه لم يناظر معه وما كلمه مات سنة سبعين ومائة وقيل في ستين ومائة **خواهر زاده** هو
اسمه محمد بن حسين بن محمد البخاري يكنى بابي بكر وهو ابن اخت القاضي ابي ثابت محمد بن احمد البخاري لذا لقب بخواهر زاده وكان بحر
العلم توفي ببخارا في جمادى الاولى سنة ثلث وسبعين واربعمائة كذا في اعلام النبلاء وقيل سنة ثلث وثمانين واربعمائة وله كتاب الذخيرة
حرف الزاي المعجمة **الزعفراني** هو ابو عبد الله الحسن بن احمد الفقيه الحنفي وهو الذي رتب الجامع الصغير للامام محمد ره
ايضا ابو علي الحسن بن محمد بن الصباح كان بارعا في الفقه والحديث ولزم الامام الشافعي حتى تبحر وهو احد رواة
عن الشافعي ره توفي سلخ شعبان وقيل في رمضان سنة ستين ومائتين وقيل في ربيع الآخر سنة تسع واربعين ومائتين والزعفراني
الى الزعفرانية وهي قرية بقرب بغداد والمحلة التي ببغداد تسمى درب الزعفراني منسوبة اليه لانه اقام بتلك المحلة كذا قال ابن خلكان **زفر** هو
ابن الهذيل بن قيس بن سليم من نسل معد بن عدنان فقيه حنفي كان جامعا بين العلم والعبادة وكان اولا من اصـ
ثم غلب عليه الرأي وهو قياس اصحاب ابي حنيفة يقول ابو حنيفة زفرنا قياسا وقال حماد بن ابي حنيفة لم يكن بعد ابي
مثل زفر مولده سنة عشر ومائة وتوفي في شعبان سنة ثمان وخمسين ومائة كذا قال ابن خلكان وقال الدمياطي في تعاليق
الدر المختار انه كان متوليا لقضاء البصرة ومات فيها **الزهري** هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري كان فقيها
من التابعين في المدينة رأى عشرة من الصحابة وكتب عمر بن عبد العزيز الى الآفاق عليكم بابن شهاب فانكم لا تجدون احدا اعلم
منه وكان ابو جده عبد الله بن شهاب شهد مع المشركين بدرا وكان ابوه مع مصعب بن الزبير توفي ليلة الثلثاء لسبع عشرة ليلة
من رمضان سنة اربع وعشرين ومائة وقيل ثلث وعشرين وقيل خمس وعشرين وهو ابن اثنين وقيل ثلث وسبعين ودفن في ضيعته
وهي خلف شغب وبدا وهما واديان وقيل قريتان بين الحجاز والشام في موضع هو آخر عمل الحجاز واول عمل فلسطين وقيل انه مات في بيته
وهي بقرية عند القرية المذكورة وقبره على الطريق ليدعو له كل من يمر عليه كذا قال ابن خلكان والزهري نسبة الى زهرة بن كلاب بن مرة وهي قبيلة
كبيرة من قريش **زياد** بن ابي مريم الجزري قال العجلي انه تابعي ثقة وذكره ابن حبان في الثقات وقال الدارقطني زياد بن ابي مريم ثقة وزعم
البخاري ان اسمه زياد بن الجراح فزياد بن ابي مريم وزياد بن الجراح رجل واحد وتبعه على ذلك ابن حبان في الثقات والاظهر انهما اثنان

زياد بن الجراح رجل من اهل الحجاز من موالي عثمان وكان زياد بن ابي مريم رجلا من اهل الكوفة كذا قال في تهذيب التهذيب **زيد بن ارقم**
صحابي انصاري خزرجي يكنى باعمرو ويقال باعامر غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة وقال ابن السكن اول مشاهده
الخندق نزل الكوفة وشهد صفين مع علي وكان من خواصه قال خليفة مات بالكوفة ايام المختار سنة ست وستين وقال الهيثم بن
عدي سنة ثمان وستين وارخه ابن حبان سنة خمس وستين **زيد بن ثابت** بن الضحاك صحابي انصاري نجاري مدني يكنى
اباسعيد ويقال ابوخارجة قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهو ابن احدى عشرة سنة وكان يكتب له الوحي وكان من اصحاب الفتوى قال
مسروق كان هو من العلماء الراسخين ويوم مات قال ابوهريرة مات اليوم خير الامة وقال ابن عباس والله لقد دفن اليوم علم كثير قال
يحيى بن كثير توفي سنة خمس واربعين وقيل سنة ثمان واربعين وقيل سنة احدى وخمسين وقيل سنة خمس وخمسين **زيد بن عياش**
هو ابوعياش مدني من التابعين قال ابن حجر انه صدوق وذكره مالك في الموطا وقال ابن حزم هو مجهول وفي بعض حواشي الهداية ان
اباحنيفة لما دخل بغداد قال في مناظرة وقعت بينه وبين اهل بغداد ان زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن هذا الطعن منه
اهل الحديث حتى قال ابن المبارك كيف يقال ان اباحنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول ان زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وقال
ابن الجوزي قال ابوحنيفة زيد ابوعياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ائمة النقل **حرف السين المهملة** **سعد بن ابي وقاص**
اسمه مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب هو صحابي زهري يكنى ابااسحق اسلم قديما روى ابن المسيب عنه انه قال لقد
مكثت سبعة ايام واني لثالث الاسلام وقد هاجر قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد بدرا والمشاهد كلها وقد رمى يوم احد
الف سهم وكان مجاب الدعوات وكان اميرا على الكوفة لعمر وفتح الله على يده القادسية وذكر غير واحد انه توفي بالعقيق وحمل الى المدينة
ودفن بالبقيع سنة احدى وخمسين وقيل سنة خمس وخمسين وهو المشهور وهو ابن ثلث وسبعين وقيل اربع وسبعين وهو اخر
العشرة المبشرة وفاة **سعيد** بن جبير بن هشام الاسدي بالولاء مولى بطن من بني اسد الكوفي من التابعين اخذ العلم
عن عبد الله بن عباس وسمع منه التفسير واكثر روايته عنه كان فقيها عابدا فاضلا ورعا ثقة اماما حجة على المسلمين روي انه كان له
ديك يقوم من الليل لصياحه فلم يصح ليلة حتى اصبح فلم يستيقظ سعيد فشق عليه فقال ماله قطع الله صوته فما سمع له صوت
بعدها وكان ابن عباس اذا اتاه اهل الكوفة يستفتونه يقول اليس فيكم سعيد بن جبير وكان هو مع عبد الرحمن بن محمد بن الاشعث
ابن قيس لما خرج هو على عبد الملك بن مروان فلما قتل عبد الرحمن هرب سعيد ولحق بمكة واخذ وبعث به الى الحجاج الظالم الثقفي فقتله
ذبحا ببلدة واسط في شعبان سنة خمس وتسعين وهو ابن تسع واربعين سنة ودفن في ظاهر بلدة واسط وقبره يزار وقيل انه في مدة مرضه كان اذا نام رأى
سعيد بن جبير اخذا بمجامع ثوبه ويقول له يا عدو الله فبم قتلتني فيستيقظ مذعورا ويقول مالي ولسعيد بن جبير كذا قال ابن خلكان
سعيد بن المسيب بفتح الياء المثناة التحتية مشددة وقيل بكسر الياء مخزومي نسبة الى مخزوم من اجداده قرشي قال قتادة ما رأيت
احدا قط اعلم بالحلال والحرام منه وكان هو من افقه التابعين واحد الفقهاء في المدينة ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر كذا رواه احمد
ابن حنبل وكان هو احفظ الناس لاحكام عمر واقضيته وقال مالك بلغني ان عبد الله بن عمر كان يرسل الى ابن المسيب يسأله عن بعض شان عمر وامره وقال
قتادة كان الحسن اذا اشكل عليه شيء كتب الى سعيد بن المسيب وكان هو رجلا صالحا ورعا لا ياخذ العطاء وكان له بضاعة يتجر بها وحج اربعين
حجة وما فاته التكبيرة الاولى منذ خمسين سنة وصلى الصبح بوضوء العشاء خمسين سنة قال الواقدي مات سنة اربع وتسعين في خلافة
الوليد وهو ابن خمسة وسبعين سنة وقال ابونعيم مات سنة ثلث وتسعين وفي التقريب مات بعد التسعين وقد ناهز الثمانين وقيل انه توفي في سنة خمس
ومائة كذا قال ابن خلكان **سلمان** الفارسي ابوعبد الله ويقال له سلمان الخير اصله من اصبهان وقيل من غيره اسلم عند قدوم النبي صلى الله عليه

وسلم المدينة واول مشاهده الخندق وقتل في الهند برلشيراث العلماء اتفقوا على ان سلمان عاش مائتين وخمسين سنة واختلفوا فقيل
ثلثمائة وخمسين وقيل ادرك زمن عيسى عليه السلام وقال الواقدي مات بالمدائن في خلافة عثمان وقال ابو عبيد مات سنة ست و
ثلثين وقال خليفة سنة سبع وثلثين وقيل مات سنة ثلث وثلثين قال ابن حجر هو اشبه **سيرين** هو اخت مارية القبطية اهداهما
المقوقس ملك الاسكندرية اليه صلى الله عليه وسلم فوهب سيرين هو صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت فولدت لعبد الرحمن بن حسان
كذا في مدارج النبوة **حرف الشين المعجمة الشافعي** هو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد
ابن هاشم بن المطلب بن عبد مناف القرشي المطلبي الامام المكي من اتباع التابعين وكان السائب صاحب راية بني هاشم يوم بدر فاسر
وفدى نفسه ثم اسلم وابنه شافع لقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الامام الشافعي اعلم بكتاب الله واثار الصحابة لغويا اديبا شاعرا
فصيحا عارفا بالناسخ والمنسوخ وقال احمد بن حنبل ان الشافعي كالشمس للدنيا وكان الشافعي يركب بغلته واحمد بن حنبل يمشي خلفه
قال الربيع بن سليمان رأيت على باب دار الامام الشافعي سبعمائة راحلة لطلب سماع كتبه كذا قال الشعراني وقال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا
قريشا فان عالمها يملأ طباق الارض لما اورده الحافظ السيوطي في تبييض الصحيفة كذا قال الطحطاوي فحمله بعضهم على الامام الشافعي
وبعضهم على ابن عباس فانه كان حبر الامة وترجمان القرآن وقال العلامة محمد اكرم في شرح شرح النخبة وضع مامون بن احمد الهروي
قال حدثنا احمد بن عبد الله حدثنا عبد الله بن سعدان الازدي مرفوعا يكون في امتي رجل يقال له محمد بن ادريس يكون اضر على امتي
من ابليس ويكون في امتي رجل يقال له ابو حنيفة هو سراج امتي وولد الامام الشافعي في اليوم الذي توفي فيه ابو حنيفة سنة خمسين
ومائة بمدينة غزة على الاصح وقيل بعسقلان وقيل باليمن ونشأ بمكة ورحل الى الامام مالك حين كان سنه ثلث عشر سنة واخذ
منه واقام بمصر اخر عمره وتوفي هناك سنة اربع ومائتين ودفن بالقرافة الصغرى وقبره يزار بها وقال الامام اليافعي انه مات يوم الجمعة
اخر يوم من رجب ودفن بعد العصر من يومه وقد كنت انا ووالدي العلام دام ظله شريك السفر في المركب الحامدي حين الرجوع
من مكة المعظمة الى الهند مع الشريف السيد عبد الله بن السيد عقيل نائب حرم مكة وهو كان رجلا معمرا مؤرخا محدثا شافعيا
فطنا ذكيا قال يوما انه وقع بين الحنفية والشافعية مقاولة مزاحا فالحنفية يقولون امامكم كان مختفيا حتى انتقل امامنا والشافعية
قالوا لما ظهر امامنا هرب امامكم فقال والدي العلام دام ظله هذا تعصب من الطرفين وكلا الامامين من معتمدينا والحق انه
لما ذهب امامنا انجلى قرينا ومثلنا ولا حاجة للناسخ الينا وكبر السن يقتضي الرجوع الى الاولى والدنيا ليست بدار قرار ذهب الى الدنيا الشافعي
فحسنه كثيرا وقال هذا هو الانصاف **شريح** هو ابن الحارث بن قيس وهو كندي يكنى ابا امية كذا قال الامام اليافعي هو من كبار التابعين واستقضاه
عمر بن الخطاب على الكوفة فاقام قاضيا خمسا وسبعين سنة لم يتعطل فيها الا ثلث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير
واستعفى الحجاج بن يوسف من القضاء فاعفاه ولم يقض بين اثنين حتى مات كان ذا فطنة واعلم الناس بالقضاء ذا عقل شاعرا
توفي سنة سبع وثمانين وهو ابن مائة سنة وقيل سنة ثنتين وثمانين وقيل سنة ثمان وسبعين وقيل سنة ثمانين وقيل سنة تسع وسبعين
وقيل سنة ست وسبعين وهو ابن مائة وعشرين سنة وقيل مائة وثمان سنين كذا قال ابن خلكان **شريك** بن عبد الله يكنى ابا عبد الله
النخعي تولى قضاء الكوفة ايام المهدي ثم عزله موسى الهادي كان فقيها فطنا كان مولده ببخارا سنة خمس وتسعين للهجرة وتوفي يوم السبت
مستهل ذي القعدة سنة سبع وسبعين ومائتين بالكوفة وقيل مات سنة ثمان وسبعين ومائة وكان هارون الرشيد بالحيرة فقصده
ليصلي عليه فوجدهم قد صلوا عليه فرجع كذا قال ابن خلكان **الشعبي** بفتح الشين هو عامر بن شراحيل يكنى ابا عمرو كوفي ثقة من التابعين ادرك
خمسمائة من الصحابة قال مكحول ما رأيت افقه منه مات فجاءة بالكوفة بعد المائة سنة اربع وقيل ثلث وقيل ست وقيل سبع وتبلغ خمس ولد في نحو من ثمانين سنة

والشعبي نسبة الى شعب هو بطن من همدان وقال الجوهري هذه النسبة الى جبل باليمن نزله حسان بن عمرو الحميري هو وولده ودفن به وهو ذو شعبين
فمن كان بالكوفة منهم قيل لهم شعبيون ومن كان منهم بالشام قيل لهم شعبانيون كذا قال ابن خلكان وقال الامام اليافعي وشعب في بلاد اليمن
مكان معروف بالقرب من صنعا والله اعلم من اي شعب في تلك الشعبي **شمس الائمة** السرخسي والسرخسي بفتح السين والراء المهملتين وسكون الخاء
المعجمة بلدة مشهورة بخراسان كذا في الانتباه كان شيخا عالما فقيها حنفيا اسمه محمد بن احمد بن سهل يكنى بابي بكر كذا في مفتاح السعادة كان
صلبا في مذهب ابي حنيفة ولد سنة اربعمائة وقدم بغداد سنة عشر واربعمائة مع ابيه للتجارة ومات في جمادي الاولى سنة اربع وتسعين
واربعمائة وقيل سنة ثلث وثمانين واربعمائة قال في شرح الكافي وكان شيخنا الامام يعني الامام شمس الائمة الحلواني يقول الآخر وفي
وقيل سنة ثمان وثمانين واربعمائة وكان معاصرا لابي بكر خواهر زاده كذا في غاية البيان ١٢
اعلام النبلاء انه ابو محمد عبد العزيز بن احمد بن نصر بن صالح البخاري والحلوان بضم الحاء المهملة وسكون اللام ونون بعد الالف اسم
بلدة وقد يقال الحلوائي بالهمزة بدل النون نسبة لبيع الحلوى كذا في مفتاح السعادة وفي اعلام النبلاء ان الحلوائي بفتح الحاء والمد
وفي الانتباه حلواني بفتح الحاء وسكون اللام بعدها واو والف ساكنة وفي آخرها النون منسوب الى عمل الحلواء ويقال بالهمزة مكان النون وكان
الحلواني معدودا في المجتهدين كذا في ذخيرة العقبى وتوفي سنة ثمان او تسع واربعين واربعمائة بكش وحمل الى بخارا ودفن هناك وقيل في
تاريخه غير ذلك **حرف الصاد المهملة** **صفية** ام المؤمنين بنت حيي ماتت سنة خمسين كذا قيل **حرف الطاء المهملة** **الطحاوي** هو
ابو جعفر احمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الازدي الطحاوي وانتهت اليه رياسة اصحاب ابي حنيفة بمصر برع في الفقه والحديث وهو
ابن اخت ابي ابراهيم اسمعيل بن يحيى المزني صاحب الامام الشافعي نسبة الى مزينة بنت كلب وهي قبيلة كبيرة مشهورة وكان الطحاوي على مذهب
الشافعي يقرأ على المزني ثم انتقل الى مذهب ابي حنيفة وسئل عن وجه الانتقال فقال لاني كنت ارى خالي يديم النظر في كتب ابي حنيفة
فلذلك انتقلت اليه وهو صنف كتبا منها احكام القرآن واختلاف العلماء ومعاني الآثار وكتاب الشروط وله تاريخ كبير وغير ذلك ونقل
ابن خلكان عن ابي سعد السمعاني انه ولد سنة تسع وعشرين ومائتين وزاد غيره فقال ليلة الاحد لعشر خلون من ربيع الاول وتوفي سنة
احدى وعشرين وثلثمائة ليلة الخميس مستهل ذي القعدة بمصر ودفن بالقرافة وقبره مشهور بها وطحا بفتح الطاء والحاء المهملتين وبعدهما الف قرية
بصعيد مصر والازد بفتح الهمزة وسكون الزاي المعجمة وبالدال المهملة قبيلة كبيرة مشهورة من قبائل اليمن كذا قال ابن خلكان **طلحة** بن عبيد الله
ابن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة القرشي التيمي ابو محمد المدني احد العشرة المبشرة واحد السابقين غاب عن بدر فضرب له رسول الله
صلى الله عليه وسلم بسهمه وشهد احدا وما بعدها وقال قيس بن ابي حازم رأيت يد طلحة شلاء وقى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وسماه
رسول الله صلى الله عليه وسلم طلحة الخير كذا قال الشعراني فلما التقى القوم يوم الجمل رمى مروان طلحة بسهم فاصاب كبتيه فمات منه في ذلك
يوم الجمعة لعشر خلون من جمادي الآخرة سنة ست وثلثين قال المدائني مات وهو ابن خمس وستين وقيل هو ابن ثلث وستين وروي
ان عبد الملك بن مروان يقول لولا ان امير المؤمنين مروان اخبرني انه قتل طلحة ما تركت احدا من ولد طلحة الا قتلته بعثمان وقبره بالبصرة
مشهور يزار كذا قال الشعراني **حرف العين المهملة** **عائشة** بنت ابي بكر الصديق ام المؤمنين كانت افقه النساء واحبهن الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال هو صلى الله عليه وسلم فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الاطعمة ماتت في المدينة في رمضان سنة سبع وخمسين
على الصحيح كذا في التقريب **عبادة بن الصامت** انصاري خزرجي مدني صحابي بدري مشهور مات بالرملة سنة اربع وثلثين وله اثنان وسبعون وقيل
عاش الى خلافة معوية قال سعيد بن عفير كان طوله عشرة اشبار كذا في التقريب **عبد الرحمن** بن عوف قرشي زهري احد العشرة المبشرة ولد بعد
الفيل بعشر سنين واسلم قديما وهاجر الهجرتين وشهد المشاهد كلها وكان اسمه عبد الكعبة فغيره النبي صلى الله عليه وسلم وكان من اغنياء الصحابة
وقيل انه كان يفتي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومناقبه شهيرة مات سنة ثنتين وثلثين وقيل سنة ثلث وثلثين وقيل احدى

وقال بعضهم كان ابن خمس وسبعين سنة **عبد الله** بن جعفر الطيار بن ابي طالب الهاشمي هاجر جعفر بن ابي طالب الى الحبشة مع امرأته اسماء بنت عميس فولدت له هناك عونا ومحمدا ثم قدم جعفر بهم المدينة كان من الصحابة الاجواد قال ابن حبان كان يقال له قطب السخا مات بمكة سنة ثمانين وقيل غير ذلك وكان يوم توفي النبي صلى الله عليه وسلم ابن عشر سنين **عبد الله** بن سهل بن زيد بن كعب بن عامر بن عدي الانصاري الاوسي الحارثي قتل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج للتجارة الى خيبر مع اخيه عبد الرحمن بن سهل وبعض قرابته وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله ابن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقصته في القسامة مشهورة **عبد الله** بن الزبير بن العوام ابن خويلد القرشي الاسدي امه اسماء بنت ابي بكر هاجرت به امه الى المدينة وهي حامل فولدته بعد الهجرة بعشرين شهرا وقيل في السنة الاولى وكان اول مولود ولد في الاسلام بالمدينة من قريش وكان هو من عباد الصحابة وبويع له بالخلافة وكان ممن لم يبايع يزيد فغلب على الحجاز والعراقين واليمن ومصر واكثر الشام فكانت ولايته تسع سنين وقتله الحجاج بن يوسف في ايام عبد الملك بن مروان في ذي الحجة سنة ثلث وسبعين في مكة **عتاب** بن اسيد بفتح اوله ابن ابي العيص بكسر المهملة ابن امية بن عبد شمس بن عبد مناف يكنى بابي عبد الرحمن ويقال ابو محمد هو صحابي مكي اسلم يوم فتح مكة كذا قال الامام اليافعي وكان صالحا خيرا استعمله النبي صلى الله عليه وسلم على مكة حين خروجه الى حنين ولم يزل واليا على مكة حتى قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم واقره ابو بكر فلم يزل عليها واليا وتزوج بابنة ابي جهل فولدت له منها عبد الرحمن بن عتاب وقد ذكر ابو جعفر الطبري عتابا فيمن لا يعرف تاريخ وفاته وقال في تاريخه انه كان واليا بمكة لعمر سنة عشرين وقال الزيلعي في تخريج احاديث الهداية انه مات في جمادى الاخرة سنة ثلث عشرة وقال الواقدي انه مات يوم مات ابو بكر الصديق رضي الله تعالى عنهم **عثمان** بن ابي العاص الثقفي الطائفي صحابي شهير استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف مات في خلافة معوية بالبصرة **عثمان** بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف الاموي القرشي يكنى ابا عمرو اسلم قديما وتزوج بنتي رسول الله صلى الله عليه وسلم رقية ثم ام كلثوم مرة بعد اخرى ولقب بذي النورين وهو احد الخلفاء الاربعة والعشرة المبشرة ولد بعد الفيل بست سنين ولم يشهد بدرا لانه كان في خدمة مرض زوجته رقية بنت النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن مسعود حين بويع عثمان بايعنا خيرنا وكان هو ومن للرحمن زهاد الصحابة قائم الليل كريم النفس استشهد في المدينة في ذي الحجة بعد عيد الاضحى وقيل ثاني عشر ذي الحجة سنة خمس وثلثين قتله المصريون والمصحف مفتوح بين يديه وهو يقرأ فانتضح الدم ووقع على قوله تعالى فسيكفيكهم الله وهو السميع العليم وكان مدة خلافته ثنتي عشرة سنة وعشرة ايام وقيل اقل وقيل اكثر **عدى** بن حاتم بن عبد الله الطائي رئيس طي يكنى بابي طريف يقال ابو وهب صحابي شهير متواضع قدم عليه صلى الله عليه وسلم في شعبان سنة سبع وهو ممن حضر فتح المدائن وشهد مع علي الجمل وصفين وغيرهما ومات بعد ذلك بالكوفة وقال ابو حاتم السجستاني في كتاب المعمرين قالوا عاش مائة وثمانين سنة وقيل مائة وعشرين سنة وقال خليفة مات بالكوفة سنة ثمان وستين وقيل سبع وستين **عرفجة** بن اسعد بن كرب بفتح الاول وكسر الثاني هو صحابي تميمي قد اصيب انفه يوم الكلاب يروي عنه الفرزدق الشاعر وهو نزل بالبصرة **عقيل** بن ابي طالب بن عبد المطلب الهاشمي اخو علي اسلم قبل الحديبية وشهد غزوة موتة وكان اسن من جعفر بعشر سنين وكان جعفر اسن من علي بعشر سنين وكان عالما بنسب قريش ذكيا حاضر الجوابات في خلافة معوية بعد ما عمي وقيل مات في اول حكومة يزيد بن معوية قبل وقعة الحرة **علي** بن ابي طالب بن عبد المطلب بن هاشم ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وزوج ابنته وامير المؤمنين والخليفة الرابع وواحد من العشرة المبشرة وامه فاطمة بنت اسد بن هاشم هو اول من اسلم في صغره شهد بدرا واحدا وسائر المشاهد وكان بيده لواء رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواطن كثيرة ولم يتخلف الا في تبوك خلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم على المدينة وقال له صلى الله عليه وسلم انت مني بمنزلة هارون من موسى الا انه لا نبي بعدي قتله عبد الرحمن بن ملجم ليلة الجمعة

لثلث عشر خلت وقيل بقيت من رمضان سنة اربعين وقيل في اول ليلة من العشر الاخر من رمضان وروى عن ابي جعفر ان قبر علي جهل موضعه
وقيل دفن في قصر الامارة وقيل في رحبة الكوفة مات وهو ابن ثلث وستين على الاصح وقيل اقل وقيل اكثر **عمار** بن ياسر بن عامر بن مالك العنسي بالنون
ساكنة ومهملة مولى بني مخزوم صحابي جليل مشهور من السابقين الاولين بدري قتل مع علي بصفين سنة سبع وثلثين **عمر** بن ابي سلمة بن عبد الاسد المخزومي
ربيب النبي صلى الله عليه وسلم صحابي صغير امه ام المؤمنين ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم ام سلمة بعد بدر في سنة اثنين وكان
يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي وقال ابن الجوزي انه كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثلث سنين فكانه عليه السلام تزوجها سنة اربع وقال ابن عبد الهادي ان هذا بعيد كيف وقد قال ابن عبد البر انه ولد في السنة الثانية
من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله
عليه وسلم سل هذه فاخبرته امه ام سلمة انه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر
فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله تعالى وظاهر هذا انه كان كبيرا كذا نقل في نتائج الافكار وامره علي على البحرين ومات سنة ثلث
وثمانين على الصحيح كذا في التقريب **عمر** بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس القرشي الاموي المدني ثم الدمشقي
يكنى ابا حفص وامه ام عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ذكره ابن حبان في ثقات التابعين قال ابن سعد قالوا ولد سنة ثلث وستين وقيل
ولد مقتل الحسين سنة احدى وستين كان هو ثقة مامونا فقيها مجتهدا حافظا للقران ورعا اماما عادلا قال مالك بن انس كان سعيد
ابن المسيب لا ياتي احدا من الامراء غيره ولي امرة المدينة للوليد وكان مع سليمان عبد الملك كالوزير وتوفي سليمان في صفر سنة تسع
وتسعين واستخلف عمر بن عبد العزيز يوم مات فولي الخلافة بعده وعد من الخلفاء الراشدين وما تم له اربعون سنة حتى مات في
رجب سنة احدى ومائة ومدة خلافته سنتان ونصف وقال الشعراني انه دفن بدير سمعان من ارض حمص **عمرو** بن حزم بن زيد صحابي
انصاري يكنى ابا الضحاك شهد الخندق وله خمسة عشر سنة واستعمله النبي صلى الله عليه وسلم على نجران وهو ابن سبعة عشر سنة قال
خليفة مات سنة احدى او اثنتين وخمسين وقال سعيد بن عفير سنة ثلث وخمسين وقال ابن اسحق سنة اربع وخمسين وقيل توفي
في خلافة عمر وفي التقريب انه وهم **عمر** بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط بن رزاح بن عدي بن كعب
القرشي العدوي يكنى ابا حفص امير المؤمنين كان كثير العلم وافر الفهم زاهدا متواضعا احد الخلفاء الاربعة من العشرة المبشرة
كان اسلام عمر نصرة للمسلمين شهد بدرا والمشاهد كلها وفتح الله في عهده بلادا كثيرة وكان نقش خاتمه كفى بالموت واعظا وولي الخلافة
عشر سنين وشهورا واستشهد في المدينة المنورة يوم الاربعاء لاربع بقين من ذي الحجة وقيل لثلث سنة ثلث وعشرين وهو
ابن ثلث وستين سنة وقيل غير ذلك ودفن مع صاحبيه في حجرة عائشة بعد ان استاذنها في حياته واوصى ان يستاذن ايضا بعد
موته كذا قال الامام اليافعي **عيسى** بن ابان من علماء الاصول كان فقيها ذا اعتماد وقال ابن عبد الملك ان ابن ابان كان من اصحاب
الحديث ثم غلب عليه الرأي تفقه على محمد بن الحسن وكان موته سنة احدى وعشرين ومائتين

حرف الفاء فخر الاسلام

هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي البزدوي نسبة الى بزدة قلعة حصينة كذا في اعلام النبلاء كان امام الاصحاب
بما وراء النهر درس بسمرقند وكان ممن يضرب به المثل في حفظ المذهب وله التصانيف الجليلة واخوه صدر الاسلام محمد بن محمد بن
الحسين بن عبد الكريم وعبد الكريم هذا تلميذ الشيخ الامام ابي منصور محمد بن محمد الماتريدي السمرقندي يكنى فخر الاسلام بابي العسر لكون تصانيفه
عسيرة ويكنى اخوه بابي اليسر لكون تصانيفه يسيرة ولد في حدود سنة اربعمائة وتوفي بكش في رجب سنة اثنتين وثمانين واربعمائة

حرف القاف القدوري

هو ابو الحسين احمد بن محمد بن احمد بن جعفر بن حمدان الفقيه الحنفي انتهت اليه رياسة الحنفية

بكر الرازي كان ثقة حافظ الحديث وروى عنه ابو بكر الخطيب صاحب تاريخ بغداد وصنف في مذهبه مختصرا مشهورا كانت ولادته سنة اثنتين
وستين وثلثمائة وتوفي يوم الاحد الخامس من رجب سنة ثمان وعشرين واربعمائة ببغداد ودفن من يومه بداره في درب ابي خلف ثم نقل
الى تربة في شارع المنصور ودفن هناك بجنب ابي بكر الخوارزمي الفقيه الحنفي والقدوري بضم القاف والدال المهملة وسكون الواو وبعدها
راء مهملة وهي جمع قدر قال ابن خلكان ولا اعلم سبب نسبته اليها بل هكذا ذكره السمعاني في كتاب الانساب وقيل انه نسبة الى بيع
القدور او الى عملها وقيل لبغداد راسخ قرية **حرف الكاف الكرخي** هو الامام ابو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال كان من
ثقات الحنفية وشيوخهم وله مختصر في الفروع الحنفية شرحه القدوري وغيره توفي سنة اربعين وثلثمائة **حرف الميم مارية** ام
سيدنا ابراهيم ولد النبي صلى الله عليه وسلم كانت قبطية اهداها له صلى الله عليه وسلم المقوقس ملك الاسكندرية ومصر ماتت
سنة السادسة عشر كذا قال الامام اليافعي **مالك** بن انس بن مالك بن ابي عامر بن عمرو الاصبحي ابو عبد الله المدني الفقيه امام
دار الهجرة راس المتقين من كبار اتباع التابعين كذا قال ابن حجر كان هو اذا اراد ان يحدث توضأ وجلس على صدر فراشه وسرح لحيته
وتمكن في جلوسه بوقار وهيبة ثم حدث وكان يكره ان يحدث على الطريق او قائما او مستعجلا وكل هذا لتعظيم حديث رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان لا يركب في المدينة المنورة مع ضعفه وكبر سنه ويقول لا اركب في مدينة فيها جثة رسول الله صلى الله عليه وسلم مدفونة
كانت ولادته سنة خمس وتسعين للهجرة وقيل سنة ثلث وتسعين وقيل سنة تسعين وتوفي لعشر مضين من ربيع الاول سنة
تسع وسبعين بعد المائة وقيل سنة ثمان وسبعين ومات بالمدينة ودفن بالبقيع وروى الترمذي عن ابي هريرة مرفوعا يوشك
ان يضرب الناس اكباد الابل يطلبون العلم فلا يجدون احدا اعلم من عالم المدينة قال سفيان بن عيينة انه مالك بن انس ومثله عن
عبد الرزاق كذا في المشكوة والاصبحي بفتح الهمزة وسكون الصاد المهملة وفتح الباء الموحدة نسبة الى ذي اصبح واسمه الحارث بن عوف وهو
من يعرب بن قحطان وهي قبيلة كبيرة باليمن **محمد** بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء الامام الفقيه الحنفي وهو ابن خالة الفراء
النحوي اللغوي واصله من قرية على باب دمشق في وسط الغوطة اسمها حرستا وقدم ابوه من الشام الى العراق واقام بواسط فولد له بها
محمد ونشأ هو بالكوفة وطلب الحديث وحضر مجلس ابي حنيفة سنين ثم تفقه على ابي يوسف واخذ الحديث من الامام مالك وصنف
الكتب الكثيرة حتى قيل انه صنف في العلوم الدينية تسعمائة وتسعة وتسعين كتابا وكان هو رحمه الله فصيح النحو اديبا استشهد بقوله
ابو عبيد في غريب الحديث وجرى بينه وبين الامام الشافعي مجالس وجمع بامر الشافعي فوض اليه كتبه وماله حتى قال الامام الشافعي حملت
من علم محمد بن الحسن وقر بعير وقال ايضا امن الناس علي في الفقه محمد بن الحسن وقال ايضا ما رأيت سمينا ذكيا الا محمد بن الحسن وكان
الرشيد قد ولاه قضاء الرقة ثم عزله عنها وقدم بغداد ولم يزل هو ملازما للرشيد حتى خرج الى الري خرجته الاولى فخرج معه فمات برنبوية قرية
من قرى الري في سنة تسع وثمانين ومائة ومولده سنة خمس وثلثين وقيل احدى وثلثين وقيل اثنتين وثلثين ومائة وفي يوم مات هو مات
الامام في النحو والقراءة ابو الحسن علي بن حمزة الكسائي حتى قيل ان الرشيد كان يقول دفنت الفقه والعربية بالري **محمد** بن مقاتل هو
من الاخذين عن تبع الاتباع ممن لم يلق التابعين واصله من الري مات بعد المائتين كذا قال ابن حجر **معوية** بن ابي سفيان صخر بن حرب
بن امية الاموي ابو عبد الرحمن صحابي اسلم قبل الفتح وقيل يوم الفتح وروي انه كان كاتب الوحي ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال اللهم
علم معوية الحساب والكتاب وقه العذاب وصالح معه الحسن بن علي وولي الامر ثم مات في رجب سنة ستين وقد قارب الثمانين **حرف
النون النخعي** هو ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الاسود النخعي يكنى ابا عمران كوفي فقيه ثقة من التابعين وكان مفتي اهل الكوفة مات سنة ست
وقيل خمس وتسعين وهو ابن خمسين وقال ابن خلكان الاصح انه كان ابن تسع واربعين سنة ونسبته الى النخع بفتح النون والخاء المعجمة وبعدها عين مهملة

وهو قبيلة كبيرة من مذحج باليمن وابوها **حرف الهاء** **هلال** بن يحيى بن مسلم البصري الرائي نسبة الى الراى لانه كان على مذهب الكوفيين
ورايهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة رح وقيل لا لاخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع
في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري وهكذا صحح في مسند ابي حنيفة
كذا في رد المحتار قيل له كتاب الشروط واحكام الوقف مات سنة خمس واربعين ومائتين كذا في مفتاح السعادة **حرف الياء** **يحيى** بن معين
ابو بكر المري البغدادي وقيل انه كان من قرية من قرى الانبار وهو امام في الحديث ثقة حافظ متقن لم يلق التابعين بل اخذ عن تبع
الاتباع وكتب بيده ستمائة الف حديث ولد سنة ثمانية وخمسين ومائة كذا قال الذهبي وقال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين
فليس هو بحديث كذا في غاية البيان قيل انه خرج مرة من المدينة المنورة لطلب الحج فراى النبي صلى الله عليه وسلم في المنام فقال يا يحيى ترغب
عن جواري فقام من الغد ورجع واقام بالمدينة ثلثة ايام ثم مات في المدينة المنورة في ذي القعدة سنة ثلث وثلثين ومائتين وله
بضع وسبعون سنة كذا قال ابن حجر وصلى عليه والي المدينة ودفن بالبقيع والمري بضم الميم وتشديد الراء وهذه النسبة الى مرة بن غطفان وهي
قبيلة كبيرة مشهورة كذا قال ابن خلكان **اليمان** اسمه حُسَيل مصغرا وقيل حسل بكسر ثم سكون هو ابن جابر العبسي بالموحدة وهو هرب الى
المدينة فحالف بني عبد الاشهل وتزوج بامرأة من بني عبد الاشهل فولدت له منها حذيفة واسلم اليمان وابنه حذيفة وشهدا احدا فقتل
اليمان بها واما حذيفة فهو صاحب سر النبي صلى الله عليه وسلم وروى مسلم انه قال لقد حدثني رسول الله صلى الله عليه وسلم بما كان وما يكون
حتى تقوم الساعة واستعمله عمر على المدائن سكن الكوفة ومات بعد قتل عثمان باربعين يوما كذا في تهذيب التهذيب وقال الذهبي انه مات
سنة ست وثلثين **هداية** في ذكر بعض الاسانيد الى مؤلف الهداية اعلم انه اجازني بجميعها الشيخ الفقيه الكامل النبيه السيد احمد
ابن زين دحلان الشافعي المدرس في الحرم الشريف المكي بمكة المعظمة في ذي القعدة سنة التاسعة والسبعين بعد الالف والمائتين من
هجرة رسول الثقلين وله اجازة بجميعها من طرق عديدة منها عن العلامة الشيخ عثمان الدمياطي الشافعي المدرس بالجامع الازهر
في المصر الانور ابن المرحوم الشيخ حسن الدمياطي عن الشيخ محمد بن الشيخ علي بن الشيخ منصور الشنواني المدرس بالجامع الازهر على ما هو
مثبت مسلسلا في ثبته المسمى بالدرر السنية فيما علا من الاسانيد الشنوانية وعن الشيخ العلامة ابي محمد محمد بن محمد الامير على ما
هو مصرح مرفوعا الى صاحب الهداية في ثبته وكتاب سنده ومنها عن العلامة الشيخ عبد الرحمن بن الشيخ الامام محمد بن الشيخ
عبد الرحمن الكزبري الدمشقي رح على ما هو مثبت مسلسلا في رسالة سنده ومنها عن الشيخ ابي حامد محمد العربي عن امام المحدثين في
بلد الله الحرام الشيخ عمر بن عبد الكريم بن عبد الرسول على ما هو مثبت في مدارج الاسناد والشيخ الامام الوالد القمقام دام الله ظله الى يوم القيام عن الشيخ
رئيس المدرسين في بلد الله الامين شيخ العلماء جمال بن عبد الله شيخ عمر الحنفي عن الشيخ المرحوم عبد الله السراج عن الشيخ محمد بن محمد العرب الشافعي
المدرس في المسجد النبوي وعن بعض الثقات عن العلامة محدث دار الهجرة الشيخ محمد عابد السندي على ما هو مصرح في ثبته المسمى بحصر الشارد وعن اشياخ
اخرين تغمدهم الله بغفرانه واسكنهم بحبوحة جنانه وقد قرأ الوالد العلام دام الله ظله المجلدين الاخيرين من الهداية اعني من كتاب البيوع الى الاخر
على عمه الشيخ القدوة المفتي محمد يوسف حفظه الله عن موجبات التاسف وهو قرأ على استاذه وجد ابيه بحر العلوم والجاه مولانا المرحوم المفتي محمد ظهور الله
اللكنوي وهو قرأ على ابيه مهبط الفيض الازلي مولانا المرحوم المفتي محمد ولي وهو وابوه قرءا على اخي جده استاذ الاساتذة شيخ المحققين مولانا المرحوم
نظام الملة والدين عن ابيه سند الكاملين قدوة العارفين مولانا المرحوم الشيخ قطب الدين الشهيد اللكنوي السهالوي وهو مستغن عن الاظهار
لاشتهاره في الاقطار والاطراف هذا ولقد استراح القلم من تحرير هذه المقدمة نهار الاول من ربيع الاول سنة احدى وثمانين
بعد الالف والمائتين من هجرة رسول الثقلين صلى الله عليه رب المشرقين والمغربين واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين فقط

فهرس مطالب الهداية

تمّ

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والأخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي

في النقيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء
قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع
المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى
اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن
لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام
عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا
حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت
لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله

بسم تنبيهًا ولا اختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من

اى نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف فى المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة

وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد

ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة

من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن

حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه

قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابى حنيفة رح

انه لا يجوز فى البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع

فى قفيز واحد عند ابى حنيفة رح الا ان يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين له انه تعذر

الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان

او بالكيل فى المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان

الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار ثم اذا جاز فى

قفيز واحد عند ابى حنيفة رح فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل فى المجلس او سمى جملة قفزانها

لانه علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع

في جميعها عند ابي حنيفة وكذا السمن بالثوب تماماً حتى كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من
قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى
المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على
مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك
لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن
فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان
وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا
باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان
تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن
لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم
وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر

كتاب البيوع

فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى

عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى

عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة

اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير

معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله

الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع

لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة

لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف

ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد

منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم

فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف

قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال

في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من
قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى
المنازعة فيه وفي الاول تفضي اليها فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم
فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على
مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك
لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن
فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان
وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا
باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان
تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن
لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم
وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر

كتاب البيوع

فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط ومن اشترى
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى
عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير
معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله
الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع
لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف
ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد
منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم
فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف
قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال

ابو يوسف رحمه الله في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه

ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع

الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع

اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه

وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب

انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض

زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان

الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل

في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع

فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف

في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا

منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم

يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح لانه

بمنزلة المتاع **قال** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا

به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال

تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط

لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع

بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة

كتاب البيوع

بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها

مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة

محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان

اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة

باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك

وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا

فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان

فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول

لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي

بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال قالوا هذه رواية

الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده

يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان
لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال
الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان
وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن
النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز
بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا
حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى
قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها
مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع
به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع
ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن
محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما
تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم
الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري
لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا

لا يجب عليه تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة

قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمه الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم

جميعا والاصل فيما اذا لم في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا
عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد
في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر اليه
مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد
فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه
باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد
البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع
خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل
عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح
وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك
ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه
لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة
ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير
اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب

بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخل في ملكه يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب
فيهلك في العقد فيلزمه بغير المثل بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك
والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها
لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين
فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار
وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار
ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزئ ولو ردت بحكم الخيار
الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند
البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له
فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه
وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا
يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم

يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه فعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما اجاز جاز وايهما نقض
انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما
معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد
الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل
واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا
باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً فمحمد رح يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما **قال** ومن باع
عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة
على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسألة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن
العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني
ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن
معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد
للعقد لكونه محلاً للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين
ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن **قال** ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ
ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك في الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد
والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان

ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة

لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في

معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها

والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير

متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم

قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل

لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار

الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض

النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما

والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة

لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما

ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي

خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من

قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا

لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة

فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا

وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة قال واذا اشترى الرجلان غلاما

على أنهما بالخيار فجوّز أحدهما فليس للآخر أن يردّه عند أبي حنيفة وقالا له أن يردّه وعلى هذا
الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط
بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة
فلو ردّه أحدهما ردّه معيبًا به وفيه إلزام ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضاء
بردّ أحدهما لتصور اجتماعهما على الردّ قال ومن باع عبدًا على أنه خبّاز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري
بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط
ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي بدونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد
العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة وإذا أخذه
أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئًا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء
ردّه وقال الشافعي رح لا يصح العقد أصلًا لأن المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى
شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة
لأنه لو لم يوافقه يردّه فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه وكذا إذا قال
رضيت ثم رآه له أن يردّه لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق
الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضاء بالشيء قبل العلم بأوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له

وكان ابو حنيفة رح يقول اولاً له الخيار اعتبارًا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً وثبوتًا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة رض انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويًا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل فى هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع اشياء فان كان لا يتفاوت احادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احادها كالثياب والدواب فلابد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى رح وكان ينبغى ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل

جلد ٣ كتاب البيوع

يعرف بالانموذج وكذا اذا نظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم
والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم
يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار
البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم
في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب
ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رض
معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون
اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض
نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام
الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل
وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل
بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام
الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه يسقط

بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكانه لا يملكه قبله. بخلاف الرسول لانه لا يملك

شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه

جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا

كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط

خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح انه اذا وقف

في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع

العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق

من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية

الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما

لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما

كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده

ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل

خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن راى شيئا ثم اشتراه

بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية

السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده متغيرا

فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول

قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

المشتري ثم تعلق فسادها بالمتعاقد في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري منكر فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله

عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد

بعيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال

وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك

بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في

الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه

اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك

وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر

فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب

والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل

فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع

ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد

العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما

يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش

وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان

الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش

وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن

حاشية كتاب البيوع

يحل بالحذر قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات
فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي رحمه الله يرده لان
الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او
هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع
عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده
هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين
الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد
به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له
ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير
هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم
اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك
عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع
لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله
فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في

الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم لم يبق قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده

ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما

الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان

العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى

الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد

متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان

اعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة

انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع

بشئ عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل

المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان

القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق

لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده

لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه

ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر

بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب

عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد

ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده

فاسداً وان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على
ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان
العيب دفعاً للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على
الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز
البيع استحساناً لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة
وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر و
العبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او
بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر
انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة
وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك
واحد والموجود هاهنا بيعان فيفسخ الثاني لا يفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه
بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقرار بغير قضاء
بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث وفيما لا يحدث سواء وفي بعض
روايات البيوع انه فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال
ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري

كتاب البيوع

البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء
تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه فان
قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان
في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزمه العيب لانه حجة فيه

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط
كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما
ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه
وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت

جلد ٣ كتاب البيوع

التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما تعلم

انه موجود عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله انه هل يحلف على قولهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها

البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا

من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي

قد مناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان

الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع

بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في

مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض

لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما

لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد

فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه

يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل

فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما

عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت

بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض في خيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة

بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا

لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن

فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد
فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان
في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه
فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء
العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق
الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر
الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما
الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه
اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه
يكون رضا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن
عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد
في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع
سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند
تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل

ما بين قيمته سليما الى غير حامل والمتسبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون
الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب في يده بعد الرد بجناية وجدت في يد
الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما
يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن
وان قبله البائع فبثلثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما
الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض
عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة
العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاء به
ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع **قال** ومن باع عبدا وشرط
البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة
بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى
يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان
في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة
العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه
الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام
العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا إذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية

ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام

اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب

استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله ولو رضي

المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق

خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه

عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا

عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع

بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة

البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس

دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل

في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك

قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا

قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره

قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود

قال وضربة القانص وهو ما يخرج

لانعدام المحل كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا رفع لان العقد انعقد بقيام المالية
فلا يفسد وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح قال ولا بيع لبن امرأة في قدح
وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه
يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير
لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى
بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رح
وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح ان الاطلاق
للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا
الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال
عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام
لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة
وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح

وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رح لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب **قال** وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسألتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان

بالوفاة والتردد على ما قلنا ولهما ان مع اتحاد اصلهما وقال ومن اشترى جارية بالف درهم

او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي

يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل

الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما

اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله

صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة

بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب

جلد ٣ كتاب البيوع

الاسلام كما اوضحناه ثم ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيّبه **قال** ومن باع عبدا على ان يعتقه

المشتري او يدبّره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى

الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك

للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة

عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا

ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد

لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة

فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان

قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه

والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع

نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح

البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع

فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد

على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع

بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة

فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا **قال** وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه

البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشترى درهما او على ان يهدى له هدية لانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة
والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة فى بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة فى بيع
وقد نهى النبى ع عن صفقتين فى صفقة **قال** ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر
فالبيع فاسد لان الاجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها
فيليق بالديون دون الاعيان **قال** ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير
شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة
غير ان المفسد فى الكتابة ما يتمكن فى صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان
الوصية اخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث
لا يجرى فيها **قال** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع
فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين فى صفقة
على ما مر **قال** ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس
ووجهه ما بينا وفى الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا

الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك
فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه
لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام
معلومة فلا جهالة فيه قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف
والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة
وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة
في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن
فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا
تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد
لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في
الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه
الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم
اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو
عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه
لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية

وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده و عبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا

الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر لاعتبار

بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى

الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح

وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان

القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة

واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير

باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رح

وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع

فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط

القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما

مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به

نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع

بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء

في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا

وهذا بخلاف الاجارة لانها تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد

امتناعاً قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به

فيصير محبوساً به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته

فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين

في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن

باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير

ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع

اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين

لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع

فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري

وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد على الاختلاف

في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

قال ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب

للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح

والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب

التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة رح

ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به

سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل
الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذا
اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد
ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان
الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب
غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه
ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ
ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره
وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان
لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع
الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من
اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس لانعدام
الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على
بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا
يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس

جلد ٣ كتاب البيوع

ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع

الفقراء والحاجة ماسة اليه **نوع منه قال** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم

محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين

والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم

لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك

ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في

بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد

عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير

محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر

على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر

لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية

وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به **قال** فان فرق كره

له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز

في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر

من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق

كتاب البيوع

بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي

وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع
ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية
ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا
في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما
على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع
ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن
اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب
فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا
لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت
عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقاله يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ
بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع
من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح
وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان
بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع
عنها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع

كتاب البيوع

جازت الاقالة فی الباقی لقیام البیع فیه وان تقایضا تجوز الاقالة بعد هلاک احدهما ولا تبطل بهلاک احدهما لان کل واحد منهما مبیع فکان البیع باقیا والله اعلم بالصواب

باب المرابحة والتولیة

قال المرابحة نقل ما ملکه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زیادة ربح والتولیة نقل ما ملکه بالعقد الاول بالثمن الاول من غیر زیادة ربح والبیعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الی هذا النوع من البیع لان الغبی الذی لا یهتدی فی التجارة یحتاج الی ان یعتمد فعل الذکی المهتدی وتطیب نفسه بمثل ما اشتری وبزیادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا کان مبناهما علی الامانة والاحتراز عن الخیانة وعن شبهتها وقد صح ان النبی صلی الله علیه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بکر رض بعیرین فقال له النبی صلی الله علیه وآله وسلم ولنی احدهما فقال هو لک بغیر شیء فقال علیه السلام اما بغیر ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولیة حتی یکون العوض مما له مثل لانه اذا لم یکن له مثل لو ملکه بالقیمة وهی مجهولة ولو کان المشتری باعه مرابحة ممن یملک ذلک البدل وقد باعه بربح درهم او بشیء من المکیل موصوف جاز لانه یقدر علی الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده یازده لا یجوز لانه باعه برأس المال وببعض قیمته لانه لیس من ذوات الامثال ویجوز ان یضیف الی رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشیاء برأس المال فی عادة التجار ولان کل ما یزید فی المبیع او فی قیمته یلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته یزید فی العین والحمل یزید فی القیمة اذ القیمة تختلف باختلاف المکان ویقول قام علی بکذا ولا یقول اشتریته بکذا کیلا یکون کاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعی وکراء بیت الحفظ لانه

فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس
بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة
حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذرة
جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل
لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل
هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله
شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرناه وعن ابي يوسف رح
انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق
وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما
ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط
وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم
قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى

كتاب البيوع

آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه نهى عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع

بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به
لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين
في باب السلم إن شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربوا وكالموزون
فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام
المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

قال ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط
عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند
زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط لأن كل الثمن صار
مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع
إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا
أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف
حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا
عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة
حتى يأخذ بما بقي في الحط وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه
الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حال يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق

باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة
كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل
قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة
في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في
الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء
لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من
ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة
لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس و
الوزن مع الجنس قال رض ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو
قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة و
الشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا
ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه
وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة

عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح

فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط

المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا

في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال

الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار

الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا

هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا

عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم

وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر

بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز

وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما روي مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا

لم يتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع

الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا

كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة

فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا

او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس و

عنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل

والنسأ لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنسأ لوجود العلة واذا

وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير

فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسأ باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسأ

لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد

بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في

المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما

الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين و

النقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف

فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما

لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس
الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان
ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف
المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت
فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان
تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها
وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي
لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال
وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة
بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وستبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه
الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام بالطعام
له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب
القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على
التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد

كتاب البيوع

عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رض وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالى بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق

ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير

مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع

الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا

ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة

من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي

يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم

بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم

المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا

من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس

بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى

بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين

سُئِلَ عنه أو ينقص إذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا إذاً وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أُهدي إليه رطباً أوَكلُّ تمر خيبر هكذا سمّاه تمراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولأنه لو كان تمراً لجاز البيع بأول الحديث وإن كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا لأنه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة

كتاب البيوع — جلد ٣

او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك
لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله
عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله
بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي
عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي
الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع
البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر
اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج
حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند
ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا
في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع **قال** ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد

وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم وعن الشافعي ره
لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما
بالآخر في الزكوة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف
بين أصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان
لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور
والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لأن الخبز
صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة
ره أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز
أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف ره وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة ره لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور
والتقدم والتأخر وعند محمد ره يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف ره يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت
في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا
إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لأن ما في يده ليس ملك المولى
عند أبي حنيفة ره وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه
قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف ره والشافعي ره لهما الاعتبار بالمستأمن منهم
في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق
أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان

جلد ٣ — كتاب البيوع

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه

او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف

جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار يتناول العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع

الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل

فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون

فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل

فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو

عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند

ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر

شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له

الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج

الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ

المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع

بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل

لمبيّنتها ولدها وجه الفرق ان البيّنة حجة مطلقة فانها كاسمها مبيّنة فيظهر بها ملكه من الاصل
والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار
وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل
يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في
الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال
العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء
وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا
بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة
او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني
فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول
له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور
والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضامنا
للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى
يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف
الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد
اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح
لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية

الامة لان الدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيم البينة على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن

دينًا فان كان عرضًا معينًا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة

عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن

مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته

ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه

ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط

الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم

اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال

محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم

والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح

للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري

والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع

نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب

الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر

فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث

عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق

الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع

لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا بخلاف المشتري من الغاصب اذا
باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى
الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح قال فان قطعت يد
العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان
القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت
يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق
على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق
عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع
لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل
اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل
ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له
فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار
البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على
الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي

بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا اشترط طلب المشتري قال رضـ وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحـ وهو قول ابي يوسف رحـ آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحـ وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يابانه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارى على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت **قال** ولا خير في السلم في السمك الطرى الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف

ولكنه ينفيه قال لا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا

قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل

ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع

والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال

رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما

يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض

ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في

قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة

بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت

لو اذهب الله تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة

لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند

ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية

او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال

معروف وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيما رويناه والفقه فيه ما بينا ومعرفة مقدار

رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية

المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال

اذا كان معينا او لا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسألتان ولهما في الاولى
ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا
ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى
رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال
ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم
يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية
ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه
فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي
الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة
وعن هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على
عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة
وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في
الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما
يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه
الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال
رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي

جلد ٣ — كتاب البيوع

مكان آخر وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيّنا مكانا قيل

لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عيّن المصر فيما له حمل ومؤنة

يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال

قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي

بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل

فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه

فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا

من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب

لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله

وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله

وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين

على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد

لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال

قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما

لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف

في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد

واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة

والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه

براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او راس مالك اي عند

الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق

ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه

لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة

عليه ما ذكرناه **قال** ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل

كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه

فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل

مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث

على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين

حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة

فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان **قال** ومن اسلم في كر فامر رب السلم

ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه

لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد

جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا

ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه

ملك العين بالبيع لانه امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة
الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري
ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض
بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار
غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله
في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين
والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما
الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه
وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين
لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار
مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون
مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط
ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد
المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد
بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال
بقائه واذا جازت ابتداء فاولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ
في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا

فماتت فی ید المشتری بطلت الاقالة ولو تقایلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود علیه فی البیع

انما هو الجاریة فلا یبقی العقد بعد هلاکها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا تبقی انتهاء لانعدام محلہ وهذا

بخلاف بیع المقایضة حیث یصح الاقالة وتبقی بعد هلاک احد العوضین لان کل واحد منهما

مبیع فیه **قال** ومن اسلم الی رجل دراهم فی کر حنطة فقال المسلم الیه شرطت ردیا وقال رب السلم

لم تشترط شیئا فالقول قول المسلم الیه لان رب السلم متعنت فی انکاره الصحة لان المسلم فیه

یربو علی رأس المال فی العادة وفی عکسه قالوا یجب ان یکون القول لرب السلم عند ابی حنیفة رح لانه

یدعی الصحة وان کان صاحبه منکرا وعندهما القول للمسلم الیه لانه منکر وان انکر الصحة وسنقرره

من بعد ان شاء الله تعالی ولو قال المسلم الیه لم یکن له اجل وقال رب السلم بل کان له اجل فالقول قول رب السلم

لان المسلم الیه متعنت فی انکاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غیر متیقن لمکان الاجتهاد

فلا یعتبر النفع فی رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفی عکسه القول لرب السلم عندهما لانه ینکر حقا

علیه فیکون القول قوله وان انکر الصحة کرب المال اذا قال للمضارب شرطت لک نصف الربح الا عشرة

وقال المضارب لا بل شرطت لی نصف الربح فالقول لرب المال لانه ینکر استحقاق الربح وان انکر

الصحة وعند ابی حنیفة رح القول للمسلم الیه لانه یدعی الصحة وقد اتفقا علی عقد واحد فکانا

متفقین علی الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه لیس بلازم فلا یعتبر الاختلاف فیه فبقی مجرد

دعوی استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج کلامه تعنتا فالقول لصاحبه

بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق علی عقد واحد فالقول لمدعی الصحة عنده وعندهما

للمنکر وان انکر الصحة **قال** ویجوز السلم فی الثیاب اذا بین طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم فی معلوم

جلد ۳ کتاب البیوع

مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان يوزن يجوز لأنه من بيان وزن ما يصاد لأنه مقصود فيه ولا خير في
السلم في الجواهر ولا في الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمى ملبنا معلوما لأنه عددي
متقارب لا سيما إذا سمى الملبن قال وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لأنه لا يفضي
إلى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا
جهالة تفضي إلى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف لاجتماع شرائط
السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه دين مجهول قال وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا
للإجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر
موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأ
خذه جاز ولا يتعين إلا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو
بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو
الأصح لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه
إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما
المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما
لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه
بالوصف ليمكن التسليم وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند
أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ

حقيقة الاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام الموذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيهما ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ

الالف من المشتري والخصم فيه الضامن وان كان اقل من الثمن جاز البيع بالعقد وهو لا يثبت على
الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد
لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراط البدل على
الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا
لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح
جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطي
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس
ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي
استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب و
العبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه
يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي
الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاء
من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف
ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر
لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا دفع

الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه لانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر

او الدهن في شابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا اعتسل النحل في ارضه لانه عُدّ من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب

بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني
يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف
زفر قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض
العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي
تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد
الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين
فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه
مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير
مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال
بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال
الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة
على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من
الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال
خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما

اللؤلؤ والياقوت والمرصع بها لا يحل عليه ظاهرا لكن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية

لا يصرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع

كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع

فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا

يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض

وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه

يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي

بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ

ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم

ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا

الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير

تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز

وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن

صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر

بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده

وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم

وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدهو الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة

المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فى مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيح فيحمل عليه

تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصف لا اصل لانه يبقى موجبا الاصل وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة

الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف

ما عد من المسائل اما مسألة المرابحة لانه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق

فى المسألة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفى الثالثة اضيف

البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفى الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد

فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار

جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما روينا

فالظاهر انه اراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما ولو تبايعا

فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شئ اخر يبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع

من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ

الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة

دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا

باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا

والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك

فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفى الاضافة الى الدين تقع

المقاصة بنقض العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة

وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء وهذا إذا كان الدين سابقا فإن كان لاحقا فكذلك في أصح

الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى الدين وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال

ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال وإذا كان الغالب

على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم

التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن

وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا

مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء

سواء وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فإن اشترى

بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف فإن بيعت بجنسها متفاضلا

جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط

القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط

في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا ره لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي

والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن

فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما

فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج

تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت

يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع

يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه واذا اشترى

بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح

عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها اخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه

تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت

القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه

اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح

وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته

ان كان هالكا كما في البيع الفاسد **قال** ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم

فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة

لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم

كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض

فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى و

الثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر

ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم

القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع

جلد ٣
كتاب
الصرف

وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة

والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له

على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم

غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب

مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن

تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او

برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن

اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة

في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او

برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا

قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في

هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم

به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة

بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة بالنفس

تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان

احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه اول مرة لعله

ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره

يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب

وهذا لأنه أخّر إلى المدة فينتظر كالذي أعسر فلو سلّمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك

إسقاطه كما في الدين المؤجل قال وإذا أحضره وسلّمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه

فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه ما

التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلّمه في مجلس القاضي فسلّمه في السوق برئ لحصول المقصود

وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا

وإن سلّمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا إذا سلّمه في

سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلّم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي

حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عيّنه ولو سلّمه

في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه قال وإذا مات

المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن

الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم

المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي أن

يطالب الكفيل وإن لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت

إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط

قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلّم المكفول نفسه من كفالته صح لأنه مطالب

بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا سلّمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه

قال فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره

الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق
صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة
لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام
فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه
المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى
على اخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة
فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل
ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح
الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة
بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة
جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين
صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند

ابی حنیفة رح معناه لا یجبر علیها عنده وقالا یجبر فی حد القذف لان فیه حق العبد وفی

القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالی ولابی حنیفة قوله علیه السلام

لا کفالة فی حد من غیر فصل ولان مبنی الکل علی الدرء فلا یجب فیها الاستیثاق بخلاف سائر الحقوق

لانها لا تندرئ بالشبهات فیلیق بها الاستیثاق کما فی التعزیر ولو سمحت نفسه به یصح بالاجماع لانه

امکن ترتیب موجبه علیه لان تسلیم النفس فیها واجب فیطالب بالکفیل فیتحقق الضم قال ولا یحبس فیها

حتی یشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل یعرفه القاضی لان الحبس للتهمة ههنا

والتهمة تثبت باحد شطری الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس فی باب الاموال لانه

اقصی عقوبة فیه فلا یثبت الا بحجة کاملة وذکر فی ادب القاضی ان علی قولهما لا یحبس فی الحدود

والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستیثاق بالکفالة قال والرهن والکفالة جائزان فی الخراج

کتاب الکفالة

لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من

رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة

والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما

كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه

او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة

بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بالشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار

وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله

قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة

الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة

اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان

يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن

التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي

كتاب الكفالة

او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة
ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن
البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء
المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها
بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة
بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان وان لم تقم البينة

فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر
من ذلك لم يصدق على الكفيل لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه
لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره
وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع
بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع
بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه
المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء
حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط
فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه
لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية
قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه
لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل
لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ
الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر
الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه
الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا

الى شهر ثم انه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجوب الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه قال فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له بالف قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالايفاء

وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز

كتاب الكفالة

لا بد من تسليمه للبيوع وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة

بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا

فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة

كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن

بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل

عليها فان كانت بعينها لا يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه

يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته

فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة و

محمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة

بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه

التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة

٣ جلد

كتاب الكفالة

منه يقوم بهما جميعا او الوجود شطره ولا تتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رح وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له

كتاب الكفالة

ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال
كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه
الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما
اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول
مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا
لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل
مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها
وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الى ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه
في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه
وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضى به على اعتبار
قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق
في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح
الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه و
يبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه
خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض

مطالبته بمثله هو النجز ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي وهو فاسد وليس بكفالة
هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما
قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل
بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب
تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك فالدعوى
مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي
على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة وانما تقبل
لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان
الكفالة بامره تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً وبغير امره تبرع ابتداءً وانتهاءً فبدعواه احدهما
لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضياً
عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى
الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم
غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما في زعمه قال ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك
فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل
منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه لان

الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة
من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا كتب في الصك باع وهو
يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

فصل في الضمان **قال** ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال
فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولأن
المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا
رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان
مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه
ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما
ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل **قال** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو
جائز أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته
من تركته إلا بوصية وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس
والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وإن أريد بها
ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي
وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي
مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان

جلد ٣ — كتاب الكفالة

مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بحق المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد

عن صاحبه فما ادّى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة

لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق

الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة

لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان

اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما

كفيل عن صاحبه فكل شئ اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى

المسألة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة

فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن

الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة

فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته

الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على

المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع

لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما

بيناه ولهذا يأخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا

بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على

صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان

كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه
ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب
الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره
في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه
لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما
جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة
الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل
برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى
عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء
المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي
لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه
متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل
لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل

كما اذا كان المكفول بنفسه حرا **قال** فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه

كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت

يبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق

فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع

ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته

عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال

ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه

فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل

به او عبد لانه دين ثبت مع المنافى فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط

ولا يمكن اثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه

الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول ابى حنيفة رحمة الله عليه لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

قال وهى جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على

تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل فى الدين لا فى العين

قال وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذى

ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون

التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره فى الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه

تصرف في خالص حقه ولا يتضرر به بل ينتفع به لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما
عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى
فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ
والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة
بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله
عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها
مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار
كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمة الله عليه احد الامرين وهو
اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق
بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم
بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله
غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره
الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها
قد تكون بدونه قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال
لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر ولفظة

جلد ٣ كتاب الحوالة

[unclear: الغير] التي مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها

عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا

منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة

بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق

المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة

به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته

فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض

سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

جلد ٣
كتاب الحوالة

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد غاية اجتهاده حذرا عن النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب

فقيه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتني عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لأن الصحابة تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك

جلد ٣ كتاب أدب القاضي

كتاب ادب القاضي

يسنده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من
السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته
والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي
فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان
البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل
الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة
المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا
السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق
الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه

ويُنظر في أمره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير فينظر في الودائع

وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البيّنة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل

قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه

ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره

ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني

ويسلم الى المقر له من جهة القاضي **قال** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على

الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد

للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه

السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات

ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره

فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من

يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن

للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول

صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى

لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له

كتاب ادب القاضي

حتى لا يحل القضاء فيهما ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم

بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة

كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض

لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ست حقوق وعد منها هذين

ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال ويسوي

بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة

والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك

في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء

قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد

الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد

قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل **فصل في الحبس**

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان

الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول

الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة

حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده

كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على

التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

كتاب ادب القاضي

قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخرين والتخريج على ما قال فى الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابى حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راى القاضى لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية وفى رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ رح قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفى الجامع الصغير رجل اقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضى او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل فى نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد فى دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص الا اذا امتنع عن الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضى الزمان والله اعلم

كتاب ادب القاضى

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد

دون الامة لغلبة الاباق فيهم دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف فی موضعه وعن محمد رح
انه يقبل فی جميع ماينقل ويحول وعليه المتاخرون رحمهم الله قال ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة
وهذا لانه ملزم فلابد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف
رسول القاضی الی المزكی ورسوله الی القاضی لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب
ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه
بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابی حنيفة ومحمد رح لان علم
ما فی الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما فی الكتاب عندهما ولهذا يدفع
اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة علی حفظهم وقال ابو يوسف رح آخرا شیء من ذلك ليس
بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابی يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا
فسهل فی ذلك لما ابتلی بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسی رح قول
ابی يوسف رح قال فاذا وصل الی القاضی لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة
فلابد من حضوره بخلاف سماع القاضی الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر
الی ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضی سلمه الينا فی مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه
فتحه القاضی وقرأه علی الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابی حنيفة ومحمد رح وقال

ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا بالكتاب والختم يقبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح

والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود

وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء

حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا

ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه

الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان

غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه

مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه

ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار

كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما

وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون

التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات

لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول

او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض

يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا

كتاب ادب القاضي

اذا قضى بحلال ثم هذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ

بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه

وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة

بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب

فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او

بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في

غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه

في الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما
وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهليتها
اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان
يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه
عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص

لحكمه ولا يتعداهما لما بهما ولهذا لا يملكانه الا باجتماعهما لاستبداد رضاهما قال وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله ردّه القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكّما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب

كتاب ادب القاضي

زائغة مستطيلة

منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها **قال** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو

كتاب ادب القاضي

امثال الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستقل بفسخه

قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانها ليست من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش

قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر الآخر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى وهو احدهما يبقى العقد فيعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة

جلد ٣ — كتاب ادب القاضي

وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل ايضا لان الحجاب والخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهي تعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة

فهو الدافع ويُنكمه فيهم يامر الجد وثانيا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة
فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق
الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع
بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال
الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له
ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على
الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين
اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من
وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل
والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر
للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع
الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا
او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى
بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة
لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على
الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا

كان لمن يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ

ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا

بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق

منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين

وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء

وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع

بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى

في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها

محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام

والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ

وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب

لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما

يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح

خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا

لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على

احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما

في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث

كل شيء والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان

أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية

فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال

الزكوة أما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله

لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة إذ جهة

المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين

فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في

لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن

له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته

هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب

الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب

التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال ومن أوصي إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من

التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول

أيضاً لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة

لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية

المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت

لعجز الموصي ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر

قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو

والاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط

احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة

الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان

امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان

كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء

لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا

عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض

وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه

فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال

يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر

الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه

او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رح انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله

حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه

الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة

كتاب ادب القاضي

في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وفي ظاهر الرواية ان اخبر عن امر بحالته تارة يقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قد قضيت بها له عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له ولا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسع كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رض مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات

ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال

مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة النساء مع الرجال
الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور
الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن
الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر
وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء
فبالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة
فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس
كيلا يكثر خروجهن قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه
الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار
العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق
واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تايدت
بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب
يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما
شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع

كتاب الشهادة

عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال علمت او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي من الشاهد هو العدل ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح لا بد

ان يسألهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف
عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا
الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل
وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي
شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا
تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول
من راى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف رح ومحمد رح
انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده
ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا
او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل
عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان
والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط
العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها
ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط

وكذا العدة بالاجماع على ما قاله الخصاف رح لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ويشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد اوراه وسعه ان يشهد وان لم يُشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع

قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسّر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يُشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يُشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمّله وانما حمّل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به

انا نشهد بانك انت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول

وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان

والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار

كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها

احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام

بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار

من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم

وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان

يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء

الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك

مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل

له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى

الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة

حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار

التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه

السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء

يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة

بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رح لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسألة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن نفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على نفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص

ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء
لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن
الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي
نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
أبدا ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد
للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب قلنا
الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن
ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت له
شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق
قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده والأصل فيه قوله عليه
السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا
يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال رضي والمراد بالأجير على ما قالوا
التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع بأهل البيت لهم وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب
الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال
الشافعي تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متميزة ولهذا يجري القصاص

والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس فلنا
ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه او يصير متهماً
بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من
كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه
لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة
لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض **قال** ولا تقبل شهادة مخنث
ومراده المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو
مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرماً فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية **قال** ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه
يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني **قال** ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب
كبيرة **قال** ولا من ياتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق **قال** ولا من يدخل
الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من
الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من
الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغاً وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهوراً به لان الانسان
قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا **قال** ولا من يفعل الافعال المستحقرة

كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا

كتاب الشهادة

ولا كذلك المستأمن وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد له من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا **قال** والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده

قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشائخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة **قال** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين

كتاب الشهادة

لا ان يثبت بهما شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث
معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يكن الموت معروفا لانه ليس له ان ينصب
الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن
الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله
بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكره لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة
فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة
احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار
مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة
على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك
اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة
واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا
اذا اقامها على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي
بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد
او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت
بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي

ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رحمه الله فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف والطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال قال وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الألف والخمسمائة جملتان عطف إحداهما على الأخرى

والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة

والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي

عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا

سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلابد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة

ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما

قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة

لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد

القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك

ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير

رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض

لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان

المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال

واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند

الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت

احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض

بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع

وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد

والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد اخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب اخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وقيل ان هذا الاختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع

جلد ٣ كتاب الشهادة

ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو

الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما

في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل

لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي

هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك

للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رح

خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث

شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء

في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه

يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما

نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير و

المودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد

فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح

انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا

وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد
منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم
غير مختلف وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين ويد
المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي لأن الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الإقرار وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه لأن المشهود به ههنا الإقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها
إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء
الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث
أن فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن
كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة
رجل إلا شهادة رجلين ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل
شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رح ولأنه حق من الحقوق فلا بد من
نصاب الشهادة وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن
فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل
والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء

وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد
الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا
واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى
يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة
الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول
ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة
ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس
عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم
بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان
سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة
الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل
لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر

شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو
شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا
انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان
انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها
غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر
حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه
وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه **قال** وكذلك
كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته
ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة
وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم
قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة
والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

فصل قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا
ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور
اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها

حد مقدر فيعزر ولكن شريحا كان يشهره ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي

كتاب الرجوع عن الشهادات

اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح
الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته
عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان
السبب صحيح **قال** واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان
التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رح
لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر و
هو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من
المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا
لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين **قال** فان رجع احدهما ضمن النصف
والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد
بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق
باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف
الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق
لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق
وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي
ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه

عند ابي حنيفة رح وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد
قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك
ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد
فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين
يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة
لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما
ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان
على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا
ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا
لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما
اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق
فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم
رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا
ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة

فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد
عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما وان شهدوا
بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعى رح يقتص منهم لوجود القتل منهم
تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولى يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا
لان السبب ما يفضى اليه غالبا وههنا لا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان
الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص بخلاف المال لانه
يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة
فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء
لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا
ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابى حنيفة وابى يوسف رح لا ضمان عليهم لان القضاء وقع
بشهادة الفرع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم وله ان الفروع نقلوا
شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على
الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء
ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى
ذكر او بشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع
بينهما فى التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا فى ذلك

يلتفت الى ذلك لان ما امضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم

عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون

وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار

كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت

بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان

باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو

السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي

يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف

المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة

بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح

ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض قال ويجوز الوكالة

بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات

وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض وكذا بايفائها واستيفائها

الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ

بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي

بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس
كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول
محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في
هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب
مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل
بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع
غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل
بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم
لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان
الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر
به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض و
المسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا
اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحاكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها

كتاب الوكالة

لحيا فانما يلزم توكيلها قال رضي وهذا شيء استحسنه المتاخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل
ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا
ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر
العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل
صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي
من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد
لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون
او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما
اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع
والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو
العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة
العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا
في الحقوق فتتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا
اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت

الموكل خلافة عنه اعتبارًا للتوكيل السابق كالعبد يتهب في يصطاد و يحتطب هو الصحيح قال رضـ وفي

مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح

والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل

الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغنى

عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان

الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص

وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح

عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة و

التصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض

انه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة

والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال

واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق

الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض

حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان

للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين

الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند

ابي حنيفة رح ومحمد رح لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار ونحوه

كتاب الوكالة

جلد ۳ — کتاب الوکالة

قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده

قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل واذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا
بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك
لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون
راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان
حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان البيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة
وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط
بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع
ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل
بعيب ورضي الوكيل قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا
بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند
ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح
ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره
عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف
فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤه
عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك
الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله

بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه
عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن
مسمى فاشترى بغير النقود أو وكّل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول
في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول
لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً قال وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل
إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه
إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله
لأن فيه تفصيلاً وخلافاً وهذا بالإجماع وهو مطلق وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً
لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره
مستنكر شرعاً وعرفاً وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه
فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا في النية يحكّم النقد بالإجماع لأنه
دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لأن الأصل أن
كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا أثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبي يوسف رحمه الله يحكّم النقد فيه
لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل
لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد
فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان

قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا

بيده وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك

لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون

راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فإن

حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف رح وضمان البيع عند محمد رح وهو قول أبي حنيفة رح

وضمان الغصب عند زفر رح لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط

بهلاكه ولأبي يوسف رح أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع

ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل

بعيب ورضي الوكيل به قال وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا

بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند

أبي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول أبي حنيفة رح

ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الأصل لأبي يوسف رح أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره

عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف

فباعه بألفين ولأبي حنيفة رح أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤه

عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك

الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه

بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله

٣ كتاب الوكالة

بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه
عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن
مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول
في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول
لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل
الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه
ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله
لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا
لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه
فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه
دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان
كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه
لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقده فقد فعل ذلك المحتمل
لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد
فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان

دفع اليه الا الفا فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه واذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار يرتد برده **قال** الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب **قال** ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما

في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف درهم فامره بان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه ويصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رضي الله عنه انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله

جلد ٣ كتاب الوكالة

وذلك باطل كما اذا قال اعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم
يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء
على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا **قال** ومن دفع الى آخر
الفا وامره ان يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف
فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوى الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة
الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر
لانه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر تناول ما يساوى الفا فيضمن **قال** وان
لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا
فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف
فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذى جرى بينهما فيلزم الجارية المامور **قال** ولو امره ان
يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف و
صدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع
اذ هو حاضر وفى المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان لما ذكرناه وقد ذكر معظم
يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبى عنهما وقبله اجنبى عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع
فلا يصدق عليه فبقى الخلاف وهذا قول الامام ابى منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب

فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لى
نفسى من مولاى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه

كتاب الوكالة

فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول
الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان
اعتاقا اعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن
العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة
يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في
ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه
لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا
فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب
في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه
بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي
عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد
البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد
لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا
بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي
ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته
له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه

لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان
ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة
عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق
الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود
ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه
وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه
الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او
بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على
ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي
لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها
ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه
الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه
لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة
الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد

جلد ۳

كتاب الوكالة

قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لأن اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وآخران الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء

وهو يمين فقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إلى الحجة ولو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر

لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل ولا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك

ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى

النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم

المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل

فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقراره والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان

يخاصم بائعه لانه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى غير ان

الحجة قاصرة وهى الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور فى الحجة لا يلزم الموكل

الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية

لان الرد متعين وفى عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق فى وصف السلامة ثم ينتقل الى

الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه فى الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر

امرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر

يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف فى ذلك المضارب ورب المال

فالقول قول المضارب لان الاصل فى المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة

فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع

آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة

ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اى اجل كان عند ابى حنيفة رح وعندهما

يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري

قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله

بحضرته جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر وتكلموا فى حقوقه وان عقد فى حال غيبته لم يجز لانه
فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول
الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز لان الرأى فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا
بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه
اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان
غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمى
ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف فى مالها لان الرق والكفر
يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر
لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض
الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم
فلا تفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك لان الحربى
ابعد من الذمى فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه فى ماله وان كان نافذا عندهما لكنه
موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة
ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر هو يقول انه رضى بخصومته والقبض غير
الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى

اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعاً الا ان العرف بخلافه وهو قاضٍ على الوضع والفتوى على ان لا يملك **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معاً لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل وابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضاً بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقاً وهو اصيل فيها فيكون خصماً فيها **قال** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلاً بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا **قال** وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق

كتاب الوكالة

على الوكيل تعليم تعين في تصرفه حتى يحضر الغائب استحسانا كما في العتق والطلاق قال وإذا أقر

الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

استحسانا إلا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر

والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة

والإقرار يضاده لانه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى

الإقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى

فالأهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب

دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف إليه تحريا للصحة قطعا ولو

استثنى الإقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة

على ملكه ايا في عند الاطلاق يحمل على الاول وعند فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصح في الثاني لكونه

مجبورا عليه وبتخيير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص

بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا و

الاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سببه لان الظاهر اتيانه

بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس

القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس

القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن

الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه

في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل

لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه

حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان

باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم

الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع

اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه

فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته

ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف

الى حقه في القبض هو مطلوبه من هذا الاخذ والمطلوب لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند

الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض

بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه

فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه

اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة

وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى

صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك

الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن

غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف

الدين ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه

لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها

فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله

فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب

المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت

بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل

لانه نائب قال ومن وكل بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف

المشتري بخلاف مسألة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل

كتاب الوكالة

اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء
عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما
قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف
المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر **قال** ومن دفع الى رجل
عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان
وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس
بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخل خلافه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان
كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث
ابطال الولاية او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به
ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده

قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف
غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون
الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به
الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول
كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح
لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة
فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير
وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها
على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه
تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر
والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه
لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال
وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع
اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته
وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد

والمدبر ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثاً او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب ثانياً لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقاً

ينتقل من غير حجة تدعي اليه وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك [illegible]
بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه [illegible]
عند الحذاق من اصحابنا رح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول [illegible]
قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى **قال** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر [illegible]
معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول [illegible]
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة [illegible]
والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والا [illegible]
ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذ [illegible]
حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى
قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف [illegible]
وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانو [illegible]
قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشا [illegible]
لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحد [illegible]
وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الر [illegible]
مشهورا يكتفى بذكره وان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلا [illegible]
ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط [illegible]
في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خص [illegible]

اذا كان فی یدہ وفی العقار لا یکتفی بذکر المدعی وتصدیق المدعی علیہ انہ فی یدہ بل لا یثبت الید فیہ الا بالبینۃ او علم القاضی ہو الصحیح نفیا لتہمۃ المواضعۃ اذ العقار عساہ فی ید غیرہما بخلاف المنقول لان الید فیہ مشاہدۃ وقولہ وانہ یطالبہ بہ لان المطالبۃ حقہ فلا بد من طلبہ ولانہ یحتمل ان یکون مرہونا فی یدہ او محبوسا بالثمن فی یدہ وبالمطالبۃ یزول ہذا الاحتمال وعن ہذا قالوا فی المنقول یجب ان یقول فی یدہ بغیر حق **قال** وان کان حقا فی الذمۃ ذکر انہ یطالبہ بہ لما قلنا وہذا لان صاحب الذمۃ قد حضر فلم یبق الا المطالبۃ لکن لا بد من تعریفہ بالوصف لانہ یعرف بہ **قال** واذا صحت الدعوی سأل القاضی المدعی علیہ عنہا لینکشف لہ وجہ الحکم فان اعترف قضی علیہ بہا لان الاقرار موجب بنفسہ فیأمرہ بالخروج عنہ وان انکر سأل المدعی البینۃ لقولہ علیہ السلام الک بینۃ فقال لا فقال لک یمینہ سأل ورتب الیمین علی فقد البینۃ فلا بد من السوال لیمکنہ الاستحلاف **قال** وان احضرہا قضی بہا لانتفاء التہمۃ عنہا وان عجز عن ذلک وطلب یمین خصمہ استحلفہ علیہا لما روینا ولا بد من طلبہ لان الیمین حقہ الا تری انہ کیف اضیف الیہ بحرف اللام فلا بد من طلبہ

باب الیمین

واذا قال المدعی لی بینۃ حاضرۃ وطلب الیمین لم یستحلف عند ابی حنیفۃ رہ معناہ حاضرۃ فی المصر وقال ابو یوسف رہ یستحلف لان الیمین حقہ بالحدیث المعروف فاذا طالبہ بہ یجیبہ ولابی حنیفۃ رہ ان ثبوت الحق فی الیمین مرتب علی العجز عن اقامۃ البینۃ لما روینا فلا یکون حقہ دونہ کما اذا کانت البینۃ حاضرۃ فی المجلس ومحمد رہ مع ابی یوسف رہ فیما ذکرہ الخصاف ومع ابی حنیفۃ رہ فیما ذکرہ الطحاوی رہ **قال** ولا ترد الیمین علی المدعی لقولہ

عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس

الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد

في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد

فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير

ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ

اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى

الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعى

عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول

يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة

مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا

اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا

الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له

اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم

اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره

الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض
مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا
بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كان الدعوى نكاحا
لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد
والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف رح ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على
ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ
بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول
المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة

كتاب الدعوى

الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا بدل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد
المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبدل
معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط
بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان

قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم
جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح
اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في
النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه
الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال

ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه
القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش
فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان
امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف

يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال اليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص

منه إلا أن يحتاط فيه فيكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء
لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في
الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم
ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف
اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام
لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم
هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يستحلف أحد
إلا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لأن
في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة والوثني
لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات
والأرض ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك
قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا
عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال
فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد
يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه

خلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان
نكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى
هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض
عى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف
عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع
الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى
مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على
الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه
يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن
ورث عبدا او ادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك
وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر
من المبيع وادعى المشتري اكثر منه واقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى

كتاب الدعوى

والبينة اقوى منهما وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات
ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما
ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانهما لا يرضيان بالفسخ فاذا
علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد
والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا
لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه
بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ
بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع تتأخر
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع
عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف
ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات

الى النفي تاكيداً والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها

كتاب الدعوى

لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود الا اذا كان
من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن
دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل
الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في
الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ العبد الحي ولا شيء
له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول
المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك
كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك
فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها
فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة
على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع
ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد
فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ رح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا
وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن
الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما
لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ

البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه
في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح انه يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما
بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان
اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاماها
فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب
وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما
فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة
السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها
اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على
احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع
ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول
ابي يوسف رحمه الله قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع
الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما

المشتري بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل
القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحه خلافا لمحمد رحه لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة
في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود
البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني
بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة
لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة
رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع
فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما
اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او
اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر
المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رض ذكر التحالف اولا ثم التحكيم
وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف
فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول
كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح

فلا تعتبره ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة

المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا

بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا ومعناه

اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة

قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في

الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فايهما

نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف

في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه

من الفضل نحو ان يدعي هذا اشهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة قال

وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح

ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده

في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان

المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو

المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في

الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء

العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا

اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة

وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره
العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في
الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا
بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف
الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء
فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال و
النساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح
يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به
ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم
وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته
لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا
فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي
او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام

البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح اخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين ليمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر به شهوده دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة

وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما

وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل

وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد

او وديعة فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح تندفع لانه يدعي الفعل عليه فصار كما اذا قال غُصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درء الحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرق مني بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه واذا

قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم

بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقر
لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من
الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة
على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود
الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة
الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من
صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه
لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل
واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده
ويأخذ كل الثمن لو اراد وان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار النصف لم يكن للآخر ان ياخذ جملته
لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه
بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ
الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد
الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو
للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما
ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده
فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه

كتاب الدعوى

من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة

قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع

قال واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد

وان اقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته فى وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهم البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه رح انه لا يقبل بينة ذى اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار فى ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابى حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابى حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابى حنيفة رح

وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق
الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين
والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضامه احتمال
عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف
الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج
فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له
وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل اقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج
في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان
لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للاخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى
بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه
بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به لانه بمنزلة النص والاول بمنزلة
الاجتهاد قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي
به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع
الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل

والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق
وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك
فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رض وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قول محمد رح يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه
اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان
البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع
فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك
وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء لمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت
البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان
لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض
تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت
البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج
اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج
لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين
جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه
ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين

ولا آخر يوم فيها سواء لأن شهادة كل شاهدين على ملك تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل

بل بقوة فيها على ما عرف قال وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها

وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رح اعتبارا بطريق

المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف

الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب

بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم أثلاثا ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها

هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها

لا على وجه القضاء لأنه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لأن

مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى

فيترك في يده قال وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا

وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لأن الحال تشهد له فيترجح وإن أشكل ذلك كانت بينهما

لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان

كذا ذكره الحاكم الشهيد لأنه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده قال وإذا كان

العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالأيدي

قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب

أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في

السرج أولى بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير

وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص
احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا
قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من
جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق **قال** واذا كان الصبي في يد رجل وهو
يعبر عن نفسه فقال اني حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد
للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد
للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا
كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره **قال** واذا كان
الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا
فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره
وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي
ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا
في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة
فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة
فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه

ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه
لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة ووجه الثانى ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان
الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى
له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
فالاول اولى ويروى ان الثانى اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال
اليد والتصرف اقوى ووجه الثانى ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء
له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوى
وصححها الجرجانى **قال** واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة ابيات وفى يد
آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها **قال** واذا ادعى
الرجلان ارضا يعنى يدعى كل واحد منهما انها فى يده لم يقض انها فى يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها فى ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم
القاضى فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت فى يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود
وان اقاما البينة جعلت فى ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما
قد لبن فى الارض او بنى او حفر فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع
فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته باطلة لان البيع اعتراف

كتاب الدعوى

منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال
العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض
واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز
ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها
اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من
وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن
في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به
لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه
احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال فان مات الولد
فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه
بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به
لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات
التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح
وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقوم عنده في العقد

والنصف فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت **قال** ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده

فلاهان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه و
بطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة
فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق
المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا
لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت
نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال
فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال
هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد
فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار
يرتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه
يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته
يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم
يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد
فلا يرتد برد المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء

من جانب الام الى قوم لا ثبت لهم ولاء فاعترض الولاء الموقوف وما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
باقراره بالنسب لغيره **قال** واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا
اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام
تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى
ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة
على الولادة ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة
بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب
يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها
الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في
ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام
ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في
يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل
المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية

فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لان ولد المغرور حر فان المغرور من يطأ امرأة
معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر
من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل
في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه
والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره
فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان
حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر
لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار
عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر
عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق
الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا
لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من
جهته وبخلاف الحدود والدم لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد

فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي
مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به
علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له
بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان قال فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين
ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا
قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق
لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل
ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق
في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا
به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث
يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب هذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها
بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو
قال اموال عظام فالتقدير بثلث نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق
في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه

مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال
احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع
الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما
لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر
احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف
العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير
للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع
يزاد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث
يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رض وفي بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه
اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة
اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان
كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ولو قال له رجل لي عليك
الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن
المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم
انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما
بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على

فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه

الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة

بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل

لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو

قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال

الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة

على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم

في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العدد وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة

اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر

وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر

عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى

تفسير فكان كلها ثيابا **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت

تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف

فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان

كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة

لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما

ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل

باب … كتاب الاقرار

ومن اقر لہ بسیف فلہ النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان و
الكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب
يلف فيه وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب
لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر
ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في
يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك و
الاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال
لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال
الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة
لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له على من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة
لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة
كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا
الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت المسئلة في الطلاق

فصل قال ومن قال لحمل فلانة على الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه
فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما
وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه
اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين

كتاب الاقرار

والمال بينهما ولو قال المقر لم يعط او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بيّن سببا مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما

اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت واذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضـ هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم

فلا يبالي باختلافهما في السبب بعد حصول المقصود والثالث أن يقول العبد عبدك ما بعتك وحكمه أن لا يلزم

المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره تحالفا

لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكر فإذا تحالفا

بطل المال وهذا إذا ذكر عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله

ما قبضت عند أبي حنيفة رح وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على وإنكاره القبض

في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيا عند

الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح

وإن كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد رح إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له

أن يكون ذلك من ثمن عبد وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه

وبين سببا وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون

القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره

يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا إلا أني

لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن

قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن الخمر

أو الخنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رح وصل أم فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير

لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به

الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال ولو قال له علي ألف درهم

من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول

ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي

ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع

لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف

بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما

اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة

عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال

المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن

فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء

الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية

لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول

انه يصدق في القرض في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه

الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع

والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف

الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي

زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد

ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة

بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق في الفصل اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لان ذلك وصف واستثناء الاوصاف لا يصح والتفتيش يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى

استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال اجرت دابتی هذه فلاناً فركبها وردها او قال اجرت ثوبی هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لی فالقول قوله وهذا عند ابی حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذی اخذ منه الدابة او الثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبی هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبی فهو على هذا الخلاف فی الصحيح وجه القياس ما بيناه فی الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد فی الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصداً فيكون الاقرار به اعترافاً باليد للمودع ووجه آخر ان فی الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فی كيفيته ولا كذلك فی مسألة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فی طرف الوديعة وعدمه فی الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ فی وضع الطرف الآخر وهو الاجارة فی كتاب الاقرار ايضاً وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لی عليه او اقرضته الفاً ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلاناً زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله فی يد المقر فادعاها

فلان وقال المقر لا بل فلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين

بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين **قال** ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل

قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها

لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرض موته ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

كتاب الاقرار

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة وضعها في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم وقت الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح

جلد ٣ كتاب الصلح

مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين
المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا
بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع
المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه
كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى
لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال وان وقع الصلح عن اقرار
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق
المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده
جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على
تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال
والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة قال
والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي
بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما
وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة قال معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها
على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث

يجب فيها الشفعة لان المدعى ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره

وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه

بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت

او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع

الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه

فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن

الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع

بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق

بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث

يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة

ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان

ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه

يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله

على ما قدمناه في المبيع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين

حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل

الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر وللمنافع لانها تملك بعقد

الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف

العاقد ما امكن قال يصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء

فاتباع الآية قال ابن عباس انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيصلح بدلاً هنا اذ

كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو

صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي و

يجب مع السكوت عنه حكماً ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف

الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص

فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل

بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنها وفي بطلان

الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه اما الثاني هو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع

الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعاً فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص

حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد

مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون

افتراقاً عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين

الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق

التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه

ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد

لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرع الى الطريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على

الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على

امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه

خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله

تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز

قال هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه

الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة

وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه

عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا

الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه

يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل

العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز

ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى

وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل

عن ملكه وهذا اشتراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها

على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب

هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة

لا تظهر عند اختلاف الجنس بخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك الولي اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فيصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون له من المصالح عنه شيء من المدعى وانما ذلك للذي

في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

قال وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على اخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسألة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالح على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة

بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسأ لا يجوز فلم يصح الصلح قال ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط بعض حقه قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على اخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى

كتاب الصلح

قال وهذه المسألة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادّ الي خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين و اصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض

لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفت هذا نقول في مسألة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك

قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة

قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت

المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ ولو ابرأه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما
عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراءً فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار
بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح
عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال
احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما
لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما
فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح

على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان
لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق

فصل فى التخارج قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار
او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان فانه صالح تماضر
الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رض عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة
فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر
التقابض فى المجلس لانه صرف غير ان الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه
قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض
الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلابد ان يكون ما اعطوه
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا
ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا القدر ولو كان بدل
الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان فى التركة الدراهم والدنانير وبدل الصلح دراهم
ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى البيع لكن يشترط
التقابض للصرف قال وان كان فى التركة دين على الناس فادخلوه فى الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه
ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا
ان يبرئ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين
ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين

ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح والقسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغى ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخى رح فى القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهى مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه وبين مهتد فى التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة فى يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب

كان قوصاً قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فتصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه

اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب
المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء
كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب
وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له
وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل
المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما
فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع و
يشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا
بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الايداع والابضاع
والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في
الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده
ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده
لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول
له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض
المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره فيما وكله به الا اذا قيل له اعمل برايك
بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل
برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة

فلا تحصل ما امره وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان تشتري به

كتاب المضاربة

من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول

التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك

ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فانه

تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على

رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه

ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد

لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة

لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في

المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق

على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا

للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من

التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض

قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا

يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته

عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها

الف فوطيها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر

فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك

ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح
لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعياناً كل عين منها يساوي
رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ
بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره
ثم اشتراه فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال
شيئاً من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان
اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق
لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس
المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن
المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر ان الجارية
كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها
لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال
لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف

المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقالا اذا
عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن
ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع
حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع
وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال
فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان
عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم
يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلاف
في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو
المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان
المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز
ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما
شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع
مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن
العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب
الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه
المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث قال واذا دفع اليه رب المال مضاربة

كتاب المضاربة

بالنصف فدفعه المضارب الى غيره مضاربة بالثلث وقد تصرف الثاني وربح وان كان رب المال قال له على

ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس

لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع

ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع

للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة

ثوب بدرهم واستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان

فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل

لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع

الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف

فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه

من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف

فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك

نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب

الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون

للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان

شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب

الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ

وحقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد
يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا
يرجع عليه فهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل قال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له فلهذا لا يكون
للمولى ان ياخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك
لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه
مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان
كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد
الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا الاشتراط
العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم
وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال
عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه
يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار
كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك
رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز

لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا
يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض
بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد
اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل وان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف
فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان
من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال
استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها

قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة
الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر
على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد
فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل
والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان
باجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف
الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان
على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا
الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا
بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال

فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى
راس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا فلو اقتسما الربح و
فسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت
والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة لان كل ذلك
من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف
بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها
اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار
ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى
الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك اما عند
ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على
الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه
مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون
من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند
وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره

لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق
العقد ولكن جهته في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة
على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو
ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال
زائدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة
صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا
اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه
تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة
لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد
لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل
تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال
وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح
وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار
التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث
لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب فلو جوزناه
يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى

قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال ولو بقي شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال

فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغه احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه

عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف

القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا

صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل اٰخر

قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا

فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب و

ثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا

ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاٰخرة ووجهه انه لما نض المال

ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة

على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن كما بيناه وله الرجوع بثلاثة ارباع

الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون

عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه

ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة

الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف ففي حصة المضاربة

ثلاثة الاف يرفع راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان مع المضارب الف فاشترى من رب المال

عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه

لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة

على الامانة وللاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من

رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال

وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا

خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر

الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته الفان ظهر الربح وهو الف

بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب

فلما بيناه واما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما

والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع

فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون

العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم

قال وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال

ذلك الثمن ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال لان المال امانة في يده والاستيفاء

انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء

اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن

جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في

هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق

الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده

وهو قائم من الامانة منه فلم يصر مستوفيا ما دام الشيء عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيها العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة

كتاب الوديعة

لا يملكون موجبات الشركة فلا يصلح موجبا لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند

ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما الابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين

الشركة في المخلوط ولو خلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا

بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل

خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط

المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل

الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده

على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم مثلها اذابة لانه يصير مثليا بالاذابة قال وان اختلطت

بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم

الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي

ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى

المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره

ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد

الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه

وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا

فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها

فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع

ليضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود
فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل
نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد
الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح
خلافا لزفر رح لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل
نفسه بغير محضر منه او طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال
الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا
كان الطريق امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له
حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في
الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به
والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر
لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج
بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند
رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا
يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر
ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور

في المختصر لها انبساط اليه بلدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليها كما في الدين المشترك وهذا الانبساط اليه

بتسليم ما سلم اليه هو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح

انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين

ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف

الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له ان ياخذه

قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان

وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل

عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل

واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح

وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان

يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر

ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف

الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك

فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه

لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك

راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع

لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد

من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما
اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة
العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد لان
من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في
هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان
في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو
كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ
فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول
وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع
على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب
وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما
غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان
ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين
لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم
فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا
القت في حجرة ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما
انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك

ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمال الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد

على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما

تطييباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة

وان نكل اعطى للثاني يقضي لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر

لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف

للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضاً يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة

كما اذا اقاما البينة ويغرم الفاً اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه

وبالصرف اليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل

ذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول

لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف

انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء

من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقراراً دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد

ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال

ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رحمه الله بناءً على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره

يضمنه عند محمد خلافاً له وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعاً من صفوان وهو تمليك

كتاب العارية

المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط
فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول
انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة
للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع
وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر
على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل
فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند
عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل
سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة
آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة
ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح
الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه
قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه
ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان

لانه تمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت
لاجل الانتفاع فهو ما قصده الا للانتفاع فلم يقع تعديا الا اذا حبسه بعد الطلب وانما على
المستعير لا نقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما
عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاجارة دون الاجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه
لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره فعطب ضمن حين
سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه
ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤاجر لدفع الغرم عن نفسه
لانه كان عارية في يده دفعا للضرر عنه بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك
الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة
كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة
وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال
غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون
مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء
عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا

كتاب العارية

بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم
شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما
اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره
ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك
العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع
ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم
ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار
آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلدها قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان
يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك
بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن
وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان
يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه
من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له
فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر
الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير

كتاب العارية

مع عبد رب الدابة او اجير لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردّه اليه فهو يردّه الى عبده وقيل هذا

في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا

وان كان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله

بعض المشايخ رح وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واوّلوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة

لانقضاء المدة **قال** ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح

وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار

وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء

ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب و

القبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد

منه لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف

الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح

بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهليته

اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس

بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض

كتاب الهبة

والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء و حملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية

لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا إذا
قال عمري سكنى أو نحلي سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه ولو قال
هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف
قوله هبة سكنى لأنه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائز وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع
وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا
لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولأن في تجويزه إلزامه شيئا
لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم

لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع

قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه

كتاب الهبة

لانه ليس كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك

الذي وهبه ۱۲ — وقد سلم الى المشتري ۱۲ — الاب ۱۲ — المودع ۱۲

غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي

وهو المشتري بالشراء الفاسد ۱۲ — عيال کسانیکه در نفقه و مؤنت او باشند ۱۲

له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر

ابن صغير ۱۲

بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي

ضاره ضرر رسانیده و نافع سود رساننده ۱۲ — اي مال ۱۲

الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر

جد ۱۲

امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه

الام ۱۲ — الام ۱۲ — اي من باب الحفظ ۱۲

لا يبقى الا بالمال فلابد من ولاية تحصيل المال وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه

فان حفظ اليتيم لا يبقى الا بالقوت والملبوس ۱۲

يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه

ومن جملته قبول الهبة له ۱۲

وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما

اي لان قبض الهبة ۱۲ — صبي ۱۲ — قبض ۱۲

وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة

من يجامع مثلها ام لا ۱۲ — زفاف بالكسر فرستادن عروس را بسوی شوهر ۱۲ — وان قبضت بنفسها جاز ۱۲ — زوج ۱۲

بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما حيث

فانه قبل الزفاف لا يكون للزوج عليها ولاية ۱۲ — اي حيوة الاب ۱۲ — الام ۱۲

لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة

اي الام وكل من يعولها ۱۲ — اي قبض الهبة لها ۱۲

لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها

اي القدوري ۱۲ عيني — دارا ۱۲

جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح

موهوب له ۱۲

وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين

دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل احدهما

هذا الاستدلال من جانب التمليك ۱۲ — اي الدليل كون هذه الهبة هبة النصف من كل منهما ۱۲

صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه فعلى هذا الاعتبار

فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة ۱۲

يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا اذ لا تضايق فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين
احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او
وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا
جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل
وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان
الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه
الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في
الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف
فيه روايتان فابو حنيفة رح مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض
يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي
ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية

الفسخ عند فوات اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال ويموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبى عن العقد اذ هو ما اوجبه او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه

قال وان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع فى شئ منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع فى نصفها لان له ان يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى

معنى لما وإن عوّض أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض

لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه

لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله

يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضاً للكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه

لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده

قال وإن وهب داراً فعوّضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف

قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول

المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه

قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء

لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدٍّ وإذا رجع بالقضاء

أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع

جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق بخلاف

الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال وإن تلفت

العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد

تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة

سبب للرجوع لا في ضمن غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في

العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداءً فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع
يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاءً وقال زفر و
الشافعي رح هو بيع ابتداءً وانتهاءً لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في
العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقًا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما امكن عملًا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض و
قد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا
بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكًا لنفسه

فصل قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل
يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفًا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطًا فاسدًا والهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل
بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز
لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه
فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو
مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارًا
او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئًا منها او يعوضه شيئًا منها فالهبة جائزة والشرط باطل
لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى
ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن

بيع وشرط ولان الشرط الفاسد فى معنى الربوا وهو يعمل فى المعاوضات دون التبرعات قال ومن كان له

على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهى لك او انت برئ منها او قال اذا اديت الى النصف فلك النصف

او انت برئ من النصف الباقى فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن

عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه

كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات

المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته

من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا

وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف داره

جائزة لان قوله دارى لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى

ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا

تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل فى الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز

فى مشاع يحتمل القسمة لما بينا فى الهبة ولا رجوع فى الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل

وكذلك اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وقد حصل

وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق

بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول

سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين فى مسائل القضاء ويقال للممسك ما تنفق على نفسك

وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار قال وتارة

تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما

او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول

وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد يكون عقدا

على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك

وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة

معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم

لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط

او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما

ضرورة تصحيح العقد فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث

المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي

في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل

من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر

وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع

يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن

من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة

سقط بقدره اذ لا انفساخ فی بعضها ومن استاجر دارا فللمواجر ان یطالبہ باجر کل یوم لانہ استوفی
منفعة مقصودة الا ان یبین وقت الاستحقاق فی العقد لانہ بمنزلة التاجیل وکذلک اجارة الاراضی
لما بینا ومن استاجر بعیرا الی مکة فللجمال ان یطالبہ باجرة کل مرحلة لان سیر کل مرحلة مقصود
وکان ابو حنیفة رح یقول اولا لا یجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح
لان المعقود علیہ جملة المنافع فی المدة فلا تتوزع الاجر علی اجزائها کما اذا کان المعقود علیہ العمل وجہ
القول المرجوع الیہ ان القیاس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة فی کل ساعة
یفضی الی ان لا یتفرغ لغیرہ فیتضرر بہ فقدرناہ بما ذکرنا قال ولیس للقصار والخیاط ان یطالب بالاجرة حتی یتفرغ
من العمل لان العمل فی البعض غیر منتفع بہ فلا یستوجب الاجر وکذا اذا عمل فی بیت المستاجر لا یستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بینا قال الا ان یشترط التعجیل لما مر ان الشرط فیہ لازم قال ومن استاجر خبازا
لیخبز فی بیتہ قفیزا من دقیق بدرهم لم یستحق الاجر حتی یخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو
احترق او سقط من یدہ قبل الاخراج فلا اجر لہ للهلاک قبل التسلیم فان اخرجہ ثم احترق من غیر فعلہ
فلہ الاجرة لانہ صار مسلما بالوضع فی بیتہ ولا ضمان علیہ لانہ لم یوجد منہ الجنایة قال رضی اللہ عنہ
وهذا عند ابی حنیفة رح لانہ امانة فی یدہ وعندهما یضمن مثل دقیقہ ولا اجر لہ لانہ مضمون علیہ فلا
یبرأ الا بعد حقیقة التسلیم وان شاء ضمن الخبز واعطاہ الاجر قال ومن استاجر طباخا لیطبخ لہ
طعاما للولیمة فالغرف علیہ اعتبارا للعرف قال ومن استاجر انسانا لیضرب لہ لبنا استحق الاجرة اذا اقامها
عند ابی حنیفة رح وقالا لا یستحقها حتی یشرجها لان التشریج من تمام عملہ اذ لا یؤمن من الفساد قبلہ فصار
کاخراج الخبز من التنور ولان الاجیر هو الذی یتولاہ عرفا وهو المعتبر فیما لم ینص علیہ ولابی حنیفة رح

كتاب الاجارات — جلد ٣

ان العمل قد تم بالاقامة والتشريح عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريح بالنقل الى موضع
العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه ليس بمنتفع به وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل
صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفى
الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو
حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقى امانة كما كان عنده
ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا
بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد
ان شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل
الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله
لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب
علمائنا الثلثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه
فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث
انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشترى بغير رضاء البائع قال واذا شرط على الصانع
ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه
فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان
المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

كتاب الاجارات

فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر فى الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل بها لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما فى الطعام وهى المسألة التى تلى هذه المسألة وان ترك الكتاب فى ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له فى قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على مامر والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شئ للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استيجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر

جلد ۳ كتاب الاجارات

الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع
فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة
اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس نخيلا
او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء
والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا
انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية
الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا
برضا صاحب الغرس والشجر الا ان ينقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على
حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا
انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز
استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء
عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من
الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق
فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب
فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح
التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف
باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي

يضمن بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد
لانعدام الرضا به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه
ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان
استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها
جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل العالم بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة
الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل
عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب
الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها
اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا
يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف
السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة
ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسألة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا
لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا
وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجري على الاطلاق والفرق

كتاب الاجارات

ان المودع مامور بالحفظ مقصودا وبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب
المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد
بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لانه لم يتناوله
الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى
وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر
كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه
لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج
لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل
الحديد وقد شرط الحنطة وان استاجره ليحمل عليه طعاما بطريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه
الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد
الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس
فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة
وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن

ما نقصها لان الرطاب تضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا

بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصوره جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى

ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم

كتاب الاجارات

والعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة

كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما

فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمي جملة

شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد

فيه وليس للمؤاجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما

بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشائخ و

ظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار

الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة

لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم

ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق

الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين

يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام

عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام

والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام

ابتدأ الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ

اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام

ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة

كتاب الاجارات

ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان

يواجر فحلا لينزو على اناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا

الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم

لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل

معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القران ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عليه

السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت

وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم

مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشائخنا

استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ

القران وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية

والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة

المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما

ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهائي فصار كما اذا اجر من شريكه او

من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده

لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع

لحصول التمكن فيه واما التهائي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم

كتاب الاجارات

شرط العقد وشرط الشئ يسبقه ولا يعتبر التراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع

والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه بخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على

التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق

الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم

فأتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله

واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق

التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة

لا يستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر

بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت

الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند

ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ ولكن الجهالة لا تفضي

الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف

الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف

جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل

الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز

ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند

ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان

الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند

الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا

يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر منعه

عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي

من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح

طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به

العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد

وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة

بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع

فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر

مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما

يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستاجر

ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في

ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل

الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه

بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا

بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو

عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب
الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو جائز
لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود
عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا
ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح
الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر
مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها فهو جائز لان الزراعة
مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه
صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا
منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل
المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في
موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين
لا يبقى منفعته وليس المراد بكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح

لانه يبقى منفعته في العام القابل **قال** وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال

الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة

الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء

عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة

ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة **قال** واذا كان الطعام بين رجلين

فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رح

له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه و

بين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل

فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب

الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار

المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد

لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن

استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر

للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره

فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان

وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان

ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة

العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استأجر

حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق

فلا ضمان عليه لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة

فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان اختصما قبل

ان يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يركب نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ

والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة

لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا

عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر

لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق

عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير

من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه

والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض

حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه

كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر

لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه

وذلك الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه

وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم و

صار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد

وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير

يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع

عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى

وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق في

السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد

وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر

من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله

ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط

بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء

واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل

باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي

الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا

قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك

وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه

وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان وجهالة لانه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل وكذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك

لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق

الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا

فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح

لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال

ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد

ذكر مقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع

في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان

ولان التعجيل والتاخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق

حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع

في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم

لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية

الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في

اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى

الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في

الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح

وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه حدادا

فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم

وان جاءت بها الى القادسية فبه هين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه

ان حمل عليها اكثر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها اكثر حنطة فبدرهم فهو جائز في

قول ابي حنيفة رحه وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو

مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل

وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا

الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحه انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في

مسألة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى

انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده

يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا يخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر

اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه

كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في

الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر

ان ياخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز

لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار

الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك

لم يكن المستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر

فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة

قد صحت على ما مر له ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق

الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه

لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار

الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول

منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فينصرف

الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر

الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك

الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما

اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان

لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا

او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر

فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله

فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه

ما مرّ من قبل انه بالخيار ان شاء ضمّنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا اذا اختار في مسألة الصبغ اذا اطلق ان شاء ضمّنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ضمّنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا

للأجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير

الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد

الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له او الاجرة المملوكة لغير

العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل

الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة

وقال الشافعي رح لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان

للمؤاجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض

فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه

في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في

البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤاجر بعد مضي

بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تنفسخ الا بالعيب لان

المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي

المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز

العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر

حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه

تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب

ماله وكذا اذا اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي

العقد ويلزمه باقي الدين لان في الجبس على موجب العقد الزام ضرر لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه

قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض

وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه

تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل

القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي

ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى

القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب

العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان

بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره

ولو مرض المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي انه عذر لانه لا يعرى

عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه

الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا استاجر الخياط

غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده

وهو رأس ماله وتاويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط

والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فهو ليس بعذر لانه

يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر

دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه

الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو

عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد

فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا اجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر

يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع

من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** **قال** ومن استاجر ارضا

او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب

فاشبه حافر البير في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة

يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه **قال** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من

يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا

بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر جملا

يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي

رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم

والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير

الوطاء والدثر **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق

الرضاء **قال** وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق

جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير

الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول

والمتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف
ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره
لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الى نجوما اول النجم
كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير
الكتابة ولو قال اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان
لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبا اعتبارا
بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما
الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج
عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره
لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه
مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل
دونه **قال** واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا
الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه
ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية
لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم
يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

كتاب المكاتب

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما
الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه
تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق
باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في
ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما
وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه
فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا
ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما
في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في
العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل
وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا
يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته
قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين

كتاب المكاتب

بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق

به دراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في

الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود

عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح

لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين

ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رح انه لا

يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو

المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسألة

فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم

عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا

ولو ملك المكاتب تلك العين فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه

الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا

عن ابي يوسف رح وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى

مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة

على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال وان كاتبه

على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال

ابو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط

كتاب المكاتب

فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقى لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل فى ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر فى النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعى لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا واتهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قال البعض لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتبه على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز

الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع

بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد

الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل

ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما

ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها

وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة

وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به

ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه

وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما

بينا في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة

فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت

فيها مؤكد فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما

فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق

والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم

استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا

عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في

سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما

انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية

خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا البين في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به قال

وان وطى المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطيها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له

ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ولم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب

جارية شراء فاسدا ثم وطيها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

قال واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعى لحرمة وطيها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب

تسعى لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنها السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ ولدها
فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد
وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت
قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه
تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان
الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال
وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق
وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل
الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما
الخيار ففرع تجزي الاعتاق وعنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية
ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب
عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم
لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت
من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما
ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة

وصيغته لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر
ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم
طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف
ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء
فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت
على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي
قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا
اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه
وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة
وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل
مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمس مائة
معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه
لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا
فلا يكون ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة
بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على

جلد ٣ كتاب المكاتب

الى درهم الى سنة وقيمته الف درهم ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا

والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي

الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها فصار كما اذا خالع المريض

امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة

حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى

فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا

يتعلق بالبدل ونظيره اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز

الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث

بقدر القيمة لا فيما زاد عليها لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة يقال له

ادّ ثلثي القيمة حالا او ترد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة

المسألة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتب

المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة

على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا

لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل

فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب

ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه
وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسألة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولاية عليها
ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت
دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على
هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصيلا فيه ولا يكون على
الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر
فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير
الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه
قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه
قال وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل
فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب
فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع
عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم
ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصيلا
في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا فاذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة

جلد ٣ — كتاب المكاتب

جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأكسابها وإذا عجزت

ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف

ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان

امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر

به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه

ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت

نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء

لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف

بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب

كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه

في حقه نظر للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدالها ومنافعها

ولو عجزت وردت في الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف

نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان

التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان

حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب

اقلهما قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك

اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك

جلد ٣
كتاب المكاتب

نصيبه من وقت الوطي حتى تبين انه مصادف ملك غيره والوطء يعتمد الملك مجازا والنسب لا

يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه

ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها

بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت

يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها

لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي

الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزي الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما قبل العجز ليس له

ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب

غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى

يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه

ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه

الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد

وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي العبد

او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على

نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو

مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه

لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتقه ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه يومين او ثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم

للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي

اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه

مؤجلة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق

عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن

اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا

به دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة

فان المروي عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فان اخل بنجم

عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر

فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء

او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة

وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا

عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه

من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا

قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت

عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت ولان المقصود من الكتابة عتقه

وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الموت مقصودا او يثبت

قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالة او ترد رقيقا عند ابي حنيفة واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى عتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه

لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا اجرا ارث عن حر، وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا اجعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر، قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا، وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا، قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية، وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا تطيب، ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب، ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده، وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في يديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد فلم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب

جلد ۳ كتاب المكاتب

لايملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه
بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه
لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض واداءه في الكتابة
لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه
عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة
والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام
تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه
فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة
حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق
وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق

الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى

لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه فى المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه

بعد موته لان فعل الوصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات

اولاده لما بينا فى العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم

منه عتق عليه لما بينا فى العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد

رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام

لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا

فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام

الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا

وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى

الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له

قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالى الام لانه عتق تبعا

للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى

يعتق مقصودا فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب

لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال

عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء

والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة

جلد ٣ كتاب الولاء

ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه
بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت
الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتيقن قيام الحمل وقت
الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فيستند
الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فيعتق مقصودا او في الجامع الصغير واذا
تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا
لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا
فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب
بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا
لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا
فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد وقال ابو يوسف
حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه
هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه
والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة

في حكم الكفاءة والعقل لسان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في
مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم
اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال
ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار
كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ
وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين
فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة
به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله
عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث
ابنة حمزة رضي الله عنه على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة يقدم على ذوي
الارحام وهو المروي عن علي فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى من المعتق لان
المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث
هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال فان
كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب
فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه
لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر بهم لبيت النسبة وبالموالي

الاستنصار وعلى ما مر والعصبة يأخذ ما بقي فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتهم ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء للكبر هو المروي عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

فصل في ولاء الموالاة

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه إذا جنى أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما

يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فأتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسُئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم

لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق

إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند

تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة

لا تتحقق بدون المنعة فقالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة

في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط

خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي إليه

من الفعل **قال** وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره

فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع

وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض

والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم

لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه

يستضر به لفوات الرضاء وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند

الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند

زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد

الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر

الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز

ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضاء

فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه

قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع **قال** وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد **قال** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل

الا الجواز والله اعلم **فصل** وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر اكره على ذلك بحبس او ضرب

او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه

ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة

كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف

ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر

حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في

حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة

الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه

انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل

بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ

بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى

يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه

في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** واذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه

به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به وقد قال

له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد

وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان

حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر

حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجوراً لان خبيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله
عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين
عزيمة بخلاف ما تقدم من الاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد
تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل
وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثماً لان
قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره ان كان القتل عمداً
قال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما
وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحساً وقرر الشرع حكمه عليه
وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره
وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجب على المكره ايضاً لوجود التسبيب الى القتل منه
وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصوراً
على المكره من حيث التأثيم واضيف الى المكره من حيث الحمل فدخلت الشبهة في كل
جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل
بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الاثم
كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره
في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده

فصل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي
اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير
ولا يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع
بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه
من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق
فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر
قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا
لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ
ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار
لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح
مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع
دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند
ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد وقد ذكرناه

في الحدود وقال وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغر فلنقصان

عقله غير ان اذن المولى آية اهليته فى الرق رعاية لحق المولى كيلا يتعطل منافع عبده

ولا يملك رقبته بتعلق الدين به فيرى ان المولى بالاذن رضى بفوات حقه والجنون لا يجامع

الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل فى نفسه والصبى ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق

قال ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء

اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى

والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا

على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه

الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل التوقف عندكم فى البيع اما الشراء فالاصل

فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولى وههنا لم يجد نفاذا لعدم

الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعانى الثلثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال

لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودا بالشرع

والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال والصبى والمجنون لا يصح عقودهما

ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق

الصبى والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال

لعدم الشهوة ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغ الشهوة فلهذا لا يتوقفان

كتاب الحجر

على اجازته ولا ينفذ ان باشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئاً ضمناه احياء
لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف
بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال فاما
العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه
بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر
بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار
المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد
والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا
وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان
مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد
وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه
الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف
بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد

وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير
فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي
الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس
على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر
عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد
لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد قال واذا حجر
القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء
الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء
حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض
آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ
الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ
تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله
ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا
ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه
قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل

البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفةؒ لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع وتوفير الفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسفؒ لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمدؒ لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعيؒ لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمدؒ انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام

المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤد سعايته سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو

مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان

الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فيلحق بالمصلح في حقه وان لم يكن

معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها

لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره

المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يتعلق

بالهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات

النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار

كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى

مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه

لانها واجبة عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء

ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس

الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث

امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانها ليست بعبادة

فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال

بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق

ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة

علیہ بایجاب اللہ تعالیٰ من غیر صنعہ ولا یسلم القاضی النفقۃ الیہ ویسلمہا الی ثقۃ من الحاج ینفقہا

علیہ فی طریق الحج کیلا یتلفہا فی غیر ھذا الوجہ ولو اراد عمرۃ واحدۃ لم یمنع منہا استحسانا

لاختلاف العلماء فی وجوبہا بخلاف ما زاد علی مرۃ واحدۃ من الحج ولا یمنع من القران لانہ لا یمنع من افراد

السفر لکل واحد منہما فلا یمنع من الجمع بینہما ولا یمنع من ان یسوق بدنۃ تحرزا عن موضع الخلاف

اذ عند عبداللہ بن عمرؓ لا یجزیہ غیرہا وھی جزور او بقرۃ فان مرض واوصی بوصایا فی القرب وابواب

الخیر جاز ذلک فی ثلثہ لان نظرہ فیہ اذ ھی حالۃ انقطاعہ عن اموالہ والوصیۃ تخلف ثناء

او ثوابا وقد ذکرنا من التفریعات اکثر من ھذا فی کفایۃ المنتہی **قال** ولا یحجر علی الفاسق اذا

کان مصلحا لمالہ عندنا والفسق الاصلی والطاری سواء وقال الشافعیؒ یحجر علیہ زجرا لہ

وعقوبۃ علیہ کما فی السفیہ ولھذا لم یجعل اھلا للولایۃ والشھادۃ عندہ ولنا قولہ تعالیٰ فان

آنستم منھم رشدا فادفعوا الیھم اموالھم الایۃ وقد اونس منہ نوع رشد فیتناولہ النکرۃ

المطلقۃ ولان الفاسق من اھل الولایۃ عندنا لاسلامہ فیکون والیا للتصرف وقد قررناہ فیما تقدم

ویحجر القاضی عندھما ایضا وھو قول الشافعیؒ بسبب الغفلۃ وھو ان یغبن فی التجارات ولا یصبر

عنہا لسلامۃ قلبہ لما فی الحجر من النظر لہ **فصل** فی حد البلوغ **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام

والاحبال والانزال اذا وطی فان لم یوجد ذلک فحتی یتم لہ ثمانی عشرۃ سنۃ عند ابی حنیفۃؒ وبلوغ

الجاریۃ بالحیض والاحتلام والحبل فان لم یوجد ذلک فحتی یتم لہا سبع عشرۃ سنۃ وھذا

عند ابی حنیفۃؒ وقالا اذا تم للغلام والجاریۃ خمس عشرۃ سنۃ فقد بلغا وھو روایۃ عن ابی حنیفۃؒ

وھو قول الشافعیؒ وعنہ فی الغلام تسع عشرۃ سنۃ وقیل المراد ان یطعن فی التاسع عشرۃ سنۃ

ويتم له تسع عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن

المثل او البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال و يباع ماله ان امتنع

المفلس من بيعه و قسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس

لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجية موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس

بطريق متعين له لانه بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع

كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه

دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه

فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في

دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه

جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي

ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض

لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم

العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك

عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له

من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال

حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له

ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق

على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان

يُجْلِسُه في موضعٍ لانه حبس فيه ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة وقضيته المساواة وصار كالسلم قلنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا

لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت

ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير ماذونا

عندنا خلافا لزفر والشافعى ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبى باذنه او بغير

اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رأه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن

ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم **قال** واذا اذن المولى لعبده فى

التجارة اذنا عاما جاز تصرفه فى سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان يقول اذنت لك

فى التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من انواع

الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا

بالفاحش عند ابى حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر

من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه

فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبى الماذون ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع ماله

اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقى لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث

للعبد واذا كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما فى الحر

وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه

قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض

ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل

الربح ويشترى طعاما فيزرعه فى ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه

ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا يسند عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح

لا يجتنب الناس مسايرته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار

في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة

لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف

يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس

بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة

عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل

بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا

عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة

فالاعتاق اولى قال ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق

لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال

الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين

بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور

عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا

اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق

من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط

من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء

بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار

ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه ولان يؤجل في دين قد وجب لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري

ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى

من يده قبل الدين لو صح شرط المولى ولكن ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه
يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها
وتقدم حقهم قال فان حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس
به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر
اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم
بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام
الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل
الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ملكه بعد العتق وما رضي
به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه
ينحجر لانه لا ضرر فيه قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه
لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد
من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى
يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان
الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه
انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة
لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر وهو يعتبر البقاء

بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء
اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهى ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة
ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه فى ام الولد قال واذا حجر على الماذون
فاقراره جائز فيما فى يده من المال عند ابى حنيفة رح ومعناه ان يقر بما فى يده انه امانة لغيره او
غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما فى يده وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان
المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير
معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا
يصح اقراره فى حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما اخذه
المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها
بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل
باقراره وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما
اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته
لم يملك المولى ما فى يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابى حنيفة رح وقالا يملك ما فى يده
ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملكه الرقبة ولهذا يملك اعتاقه

ووطى الجارية المأذون لها وهذا ايضا لان الوارث لا يمنع ثبوت الملك للمورث و الطريان فى ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد ولكن الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند ابى حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باع بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة و الفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع

باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخولها تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعًا في البيع مع
المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث
لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على
اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة
لحق الغرماء وهذا الفرقان على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع
لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه
يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن و
صحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من
حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده دينا بخلاف ما اذا كان
الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى
يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز
ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة
او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى
المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه
اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق
لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل
من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما

كتاب المأذون

وقد ركبتها ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتها استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا
يضمن شيئا قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء
الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم
ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض
والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم و
الاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى
بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع
والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على
المالك ويسترد القيمة كذا هنا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء
ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما
فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه
قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر
الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى
هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما
لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

كتاب المأذون

قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر
بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره
والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه
لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر
وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان
يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه
ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق
بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه
منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله
في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر
لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء
المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له
والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر
فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال
وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه
والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة

ج ٣ كتاب المأذون

والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقرارهما بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد ما لا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة

وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى حنيفة رہ ان النقل لا يثبت

بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضى

فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف مالا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب

كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه

العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها

دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت

وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه

ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد

ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود

وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلى على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا

لانه قاصر اذ الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر

ذلك فى بعض الاحكام والواجب الرد فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن

فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة ثم قضى

عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعى امرا عارضا خلاف الظاهر

فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك

سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب

بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك فى يده

لا يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول

وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على

محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود

الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار

لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي

وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك

الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما انتقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم

جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا

انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر

غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص

بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رض وهذا

عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من

الجانبين قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر

نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا

لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد

القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن

النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب

فی قیمته بخلاف ما اذا رجع السعر اذا رد فی مکان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء

وبخلاف المبیع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد

علی ما عرف قال رضی ومراده غیر الربوی اما فی الربویات لا یمکنه تضمین النقصان مع استرداد

الاصل لانه یؤدی الی الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعلیه النقصان

لما بینا ویتصدق بالغلة قال رضی وهذا عندهما ایضا وعنده لا یتصدق بالغلة وعلی هذا الخلاف

اذا آجر المستعیر المستعار لابی یوسف رحمه الله انه حصل فی ضمانه وملکه اما الضمان فظاهر وکذلک

الملک فی المضمون لان المضمونات تملک باداء الضمان مستندا الی وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل

بسبب خبیث وهو التصرف فی ملک الغیر وما هذا حاله فسبیله التصدق اذ الفرع یحصل علی وصف

الاصل والملک المستند ناقص فلا ینعدم به الخبث فلو هلک العبد فی ید الغاصب حتی ضمنه

له ان یستعین بالغلة فی اداء الضمان لان الخبث لاجل المالک ولهذا لو ادی الیه یباح له التناول

فیزول الخبث بالاداء الیه بخلاف ما اذا باعه فهلک فی ید المشتری ثم استحق وغرمه لیس له ان

یستعین بالغلة فی اداء الثمن الیه لان الخبث ما کان لحق المشتری الا اذا کان لا یجد غیره

لانه محتاج الیه فله ان یصرفه الی حاجة نفسه فلو اصاب مالا یتصدق بمثله ان کان غنیا

وقت الاستعمال وان کان فقیرا فلا شیء علیه لما ذکرنا قال ومن غصب الفا فاشتری بها

جاریة فباعها بالفین ثم اشتری بالفین جاریة فباعها بثلثة آلاف درهم فانه یتصدق بجمیع

الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف فی المغصوب والودیعة وربح

لا یطیب له الربح عندهما خلافا لابی یوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما فی الودیعة اظهر

لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط

قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله انية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة

فصيّر حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في
الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا
الملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد
الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل
له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن و
زفر رح وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف
الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة
المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك
المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب
فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك
الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي
وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها
غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل
وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل
عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها
دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فياخذها ولا شيء

كتاب الغصب

كتاب الغصب

للغاصب وقالا لا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانها احدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك

هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات

والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعنى

الاصل الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من

احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة

بجنسها **قال** ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها

وقال الشافعي رح للمالك اخذها والوجه عن الجانبين قد مناه ووجه اخر لنا فيه ان

فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما

ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل

اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رح انما لا

ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح **قال** ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه

قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر

الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء

بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب

طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك

حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف **قال** ومن خرق ثوبا

غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه

وان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا

الوجه فكانه احرقه قال رضی معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه

تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش

ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض

العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل

في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها

او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولابد للملك من سبب

فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك

فللمالك ان يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع

الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له

فيه فيقوم الارض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان

يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن

فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء

اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه و

يأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن

بخلاف السمن والسويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب
الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب
الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله في اصل المسألة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض
وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه
تعين رعاية الجانبين في البيع وستأتي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في
السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه
المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان
وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه
الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى
ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين
جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في
المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا
للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء

لكن البيع بعد ما يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي
الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه
اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك
او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال فان كان ضمنه بقول الغاصب مع
يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا
المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه
في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار
له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء قال ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي
لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة
في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال
الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد
على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا
عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها

اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك

بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل

التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب

الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر

بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن

اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به

جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان

بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل

الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره

او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد

وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار

كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت

او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع

وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت

الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد

من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه

غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل

لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة

سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن

قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة

ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا

يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها

فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري

وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن بالاتفاق وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب

التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت

في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطاء يرجع

على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد

فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب

لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع

ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في

المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له

ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب

لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته

والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولا بها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المأخذ فى المختلف ولا نسلم انها متقومة فى ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل فى غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمى او خنزيره ضمن فان اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعى رح لا يضمنهما للذمى ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمى على ذمى او باعهما الذمى من الذمى له انه سقط تقومهما فى حق المسلم فكذا فى حق الذمى لانهم اتباع لنا فى حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقى التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرى

المبايعة بين الذميين لان الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمى لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثانى اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى البيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد

كتاب الغصب

عند أبي حنيفة ره وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في

يده لا يضمنه بالإجماع أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم

ضمنه بالإتلاف ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال وأما الجلد

فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا

بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه

يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه قيمته كما

في المستعار وبخلاف الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على

اختلاف الجنس أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة

في الأخذ منه ثم الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله

مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في

حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه

بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإذا

لم يكن متقوما بخلاف الذكي والوصف لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا

للصنعة ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك

لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة ره

وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو

على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في

الاستہلاک وقیل یضمنہ قیمۃ جلد ذکی غیر مدبوغ ولو دبغہ بما لا قیمۃ لہ کالتراب والشمس فہو لمالکہ بلا شئ لانہ بمنزلۃ غسل الثوب ولو استہلکہ الغاصب یضمن قیمتہ مدبوغا وقیل طاہرا غیر مدبوغ لان وصف الدباغۃ ہو الذی حصلہ فلا یضمنہ وجہ الاول وعلیہ الاکثرون ان صفۃ الدباغۃ تابعۃ للجلد فلا تفرد عنہ واذا صار الاصل مضمونا علیہ فکذا صفتہ ولو خلل الخمر بالقاء الملح فیہا قالوا عند ابی حنیفۃ رہ صار ملکا للغاصب ولا شئ لہ علیہ وعندہما اخذہ المالک واعطی ما زاد الملح فیہ بمنزلۃ دبغ الجلد ومعناہ ہہنا ان یعطی مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالک ترکہ علیہ وتضمینہ فہو علی ما قیل وقیل فی دبغ الجلد ولو استہلکہا لا یضمنہا عند ابی حنیفۃ رہ خلافا لہما کما فی دبغ الجلد ولو خللہا بالقاء الخل فیہا فعن محمد رہ انہ ان صار خلا من ساعتہ یصیر ملکا للغاصب ولا شئ علیہ لانہ استہلاک لہ وہو غیر متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان کان الملقی فیہ خلا قلیلا فہو بینہما علی قدر کیلہما لانہ خلط الخل بالخل فی التقدیر وہو علی اصلہ لیس باستہلاک وعند ابی حنیفۃ رہ ہو للغاصب فی الوجہین ولا شئ علیہ لان نفس الخلط استہلاک عندہ ولا ضمان فی الاستہلاک لانہ اتلف ملک نفسہ وعند محمد رہ لا یضمن بالاستہلاک فی الوجہ الاول لما بینا ویضمن فی الوجہ الثانی لانہ اتلف ملک غیرہ وبعض المشائخ اجروا جواب الکتاب علی الاطلاق ان للمالک ان یاخذ الخل فی الوجوہ کلہا بغیر شئ لان الملقی یصیر مستہلکا فی الخمر فلم یبق متقوما وقد کثرت فیہ اقوال المشائخ وقد اثبتناہا فی کفایۃ المنتہی قال ومن کسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق لہ سکرا او منصفا فہو ضامن وبیع ہذہ الاشیاء جائز وہذا عند ابی حنیفۃ رہ وقال ابو یوسف

ومحمد رح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدّف والطبل الذي يضرب للهو واما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنئ من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هنا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق

من هذا الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع

كتاب الشفعة

وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة فى المبيع اقوى لانه فى كل جزء وبعده الاتصال فى الحقوق لانه شركة فى مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة اخرى وعن ابى يوسف ان مع وجود الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر فى حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على الجار فى بقية الدار فى اصح الروايتين عن ابى يوسف رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وعن ابى يوسف رح ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام

فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين و المعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا اية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر اخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع

جلد ٣
كتاب الشفعة

ومعناه بعد ولا لمه هو السهلات ليتم الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما
تجب على البائع عن ملك الدار والبيع يعرف بها ولهذا اكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع
اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولابد من طلب المواثبة لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج
الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال ثم لا تملك الا بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم
لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة و
تظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع ما يستحق به الشفعة او بيعت دار بجنب الدار
المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في
الثانية ولا يستحقها في الثالثة لعدم الملك له وقوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند
معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب
المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا
ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى اخره
بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رح وهو رواية عن محمد وعنه ان له
مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من
زمان التامل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله

اوقال سبحان اللہ لا تبطل شفعتہ لان الاول حمد علی الخلاص من جوارہ والثانی تعجب منہ لقصد اضرارہ والثالث لافتتاح کلامہ فلا یدل شیء منہ علی الاعراض وکذا اذا قال من ابتاعہا وبکم بیعت لانہ یرغب فیہا بثمن دون ثمن ویرغب عن مجاورۃ بعض دون بعض والمراد بقولہ فی الکتاب اشہد فی مجلسہ ذلک علی المطالبۃ طلب المواثبۃ والاشہاد فیہ لیس بلازم انما ہو لنفی التجاحد والتقیید بالمجلس اشارۃ الی ما اختارہ الکرخی ویصح الطلب بکل لفظ یفہم منہ طلب الشفعۃ کما لو قال طلبت الشفعۃ او اطلبہا او انا طالبہا لان الاعتبار للمعنی واذا بلغ الشفیع بیع الدار لم یجب علیہ الاشہاد حتی یخبرہ رجلان اور جل وامرأتان او واحد عدل عند ابی حنیفۃ وقالا یجب علیہ ان یشہد اذا اخبرہ واحد حرا کان او عبدا صبیا کان او امرأۃ اذا کان الخبر حقا واصل الاختلاف فی عزل الوکیل وقد ذکرناہ بدلائلہ واخواتہ فیما تقدم وہذا بخلاف المخیرۃ اذا اخبرت عندہ لانہ لیس فیہ الزام حکم وبخلاف ما اذا اخبرہ المشتری لانہ خصم فیہ والعدالۃ غیر معتبرۃ فی الخصوم والثانی طلب التقریر والاشہاد لانہ محتاج الیہ لاثباتہ عند القاضی علی ما ذکرنا ولا یمکنہ الاشہاد ظاہرا علی طلب المواثبۃ لانہ علی فور العلم بالشراء فیحتاج بعد ذلک الی طلب الاشہاد والتقریر وبیانہ ما قال فی الکتاب ثم ینہض منہ یعنی من المجلس ویشہد علی البائع ان کان المبیع فی یدہ معناہ لم یسلمہ الی المشتری او علی المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلک استقرت شفعتہ وہذا لان کل واحد منہما خصم فیہ لان للاول الید وللثانی الملک وکذا یصح الاشہاد عند المبیع لان الحق متعلق بہ فان سلم البائع المبیع لم یصح الاشہاد علیہ لخروجہ من ان یکون خصما اذ لا ید لہ ولا ملک فصار کالاجنبی وصورۃ ہذا الطلب ان یقول ان فلانا اشتری ہذہ الدار وانا شفیعہا

كتاب الشفعة

وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط

تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك

وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند

ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح

معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته

لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول

محمد رح انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار

نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه

قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه

وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في

حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير

بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفيع

الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي

يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق **قال**

يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا

فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها

فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر

فی الفتاوی تجد یدھذہ الدار التی یشفع بھا ایضا وقد بیناہ فی الکتاب الموسوم بالتجنیس والمزید

قال فان عجز عن البینۃ استحلف المشتری باللہ ما یعلم انہ مالک للذی ذکرہ مما یشفع بہ

معناہ بطلب الشفیع لانہ ادعی علیہ معنی لو اقر بہ لزمہ ثم ھو استحلاف علی ما فی ید غیرہ فیحلف علی العلم

فان نکل او قامت للشفیع بینۃ ثبت ملکہ فی الدار التی یشفع بھا وثبت الجوار فبعد ذلک سألہ

القاضی یعنی المدعی علیہ ھل ابتاع ام لا فان انکر الابتیاع قیل للشفیع اقم البینۃ لان الشفعۃ

لا تجب الا بعد ثبوت البیع وثبوتہ بالحجۃ قال فان عجز عنھا استحلف المشتری باللہ ما ابتاع

او باللہ ما استحق علیہ فی ھذہ الدار شفعۃ من الوجہ الذی ذکرہ فھذا علی الحاصل والاول علی

السبب وقد استوفینا الکلام فیہ فی الدعوی وذکرنا الاختلاف بتوفیق اللہ وانما یحلفہ علی البتات

لانہ استحلاف علی فعل نفسہ وعلی ما فی یدہ اصالۃ وفی مثلہ یحلف علی البتات قال وتجوز المنازعۃ

فی الشفعۃ وان لم یحضر الشفیع الثمن الی مجلس القاضی فاذا قضی القاضی بالشفعۃ لزمہ احضار الثمن

وھذا ظاھر روایۃ الاصل وعن محمد انہ لا یقضی حتی یحضر الشفیع الثمن وھو روایۃ الحسن عن

ابی حنیفۃ رح لان الشفیع عساہ یکون مفلسا فیتوقف القضاء علی احضارہ حتی لا یتوی مال

المشتری ووجہ الظاھر انہ لا ثمن لہ علیہ قبل القضاء ولھذا لا یشترط تسلیمہ فکذا لا یشترط

احضارہ واذا قضی لہ بالدار فللمشتری ان یحبسہا حتی یستوفی الثمن وینفذ القضاء عند

محمد ایضا لانہ فصل مجتہد فیہ ووجب علیہ الثمن فیحبس فیہ فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال لہ

ادفع الثمن الیہ لا تبطل شفعتہ لانھا تاکدت بالخصومۃ عند القاضی قال وان احضر

الشفیع البائع والمبیع فی یدہ فلہ ان یخاصمہ فی الشفعۃ لان الید لہ وھی ید

مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة

بمنزلة الشراء الابتداء لانه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برويته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل فى الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشترى لا يدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان

قال ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشترى لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو ولهما انه لا تنافى بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد رحمه الله واما المشترى من العدو فقلنا ذكر فى السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام

قال واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشترى وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله فى مقدار الثمن

مايتعيب مطالبته ويأخذ الشفيع بقوله **قال** ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما
نكل ظهر ان الثمن ما قاله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف
ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن
اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج
هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن
غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع
تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال
قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل** فيما يؤخذ به المشفوع **قال** واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض
يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها
الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع
لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه
منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له
ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها
الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله

لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا
بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه
بقيمته **قال** واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر
حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول
الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه
كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضاء
به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق
المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم
ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري
لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما
لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له
ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل
مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن
من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي
بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة

فيما يرجع الى الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذ بقيمة الرطب كذا هذا

فصل قال واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب

ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق

ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن

ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور

ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع

من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير

فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من

غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة

بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك

لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة

بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان

الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن

ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر

وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير

ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار

وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد

المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة

قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق

للعقار وصار تابعا لها حيث صار مقصودا بالتناول فيقابله شيء من الثمن ... فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال يعني بحصته وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت لدفع مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة

لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انه لم يزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء لليمين وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما

جلد ۴ كتاب الشفعة

لاستعادة بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عنها باقرار او سكوت او انكار وجبت

الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض ولا

يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن

العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع

بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة

لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال

الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه

يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة

اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع

فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ

ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع

الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع

دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض

لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد

فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا

كتاب الشفعة

وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت

دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك

له ثم ان سلّم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلّم

بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة

بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع

ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردّها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينّا

قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى

فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلّم الشفيع

الشفعة ثم ردّها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ

من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه

وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما

وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع

ثالث ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف

وفي الجامع الصغير لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد

بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب

القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء

فيما يتعلق بلزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد أوضحناه فيما تقدم قال وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال قيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وإن مات المشتري لم تبطل لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته

قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول او لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد فى حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشترى هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة

جلد ۴ كتاب الشفعة

في تمام الولاية لان تسليم الكل يتم بقبضه

فصل

قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه هذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه حتى ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة

في هذا التفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** ومن اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام
القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض
وان كان له نفع فيه يعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد
الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه
لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم
الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع
يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك
ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى
جارا فيما يقع في الجانب الآخر **قال** ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان
العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه
مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له
قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله
هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة
وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت
للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى
التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر

وقد يكون الطريق تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه بنوعيه تحقيقا لما الكون منه دليل الاعراض فيه هذا النوع مستحمل فيها فلو باعها باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز التسليم بالاجماع لانه تمحض ضررا وفيما لا يتغابن قيل يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وقيل هو على الخلاف مرتبتها محاباة كثيرة عند ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم فيهما ولا رواية عن ابي يوسف فيه والله اعلم

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به

قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولكن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرمًا بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسمًا يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا

انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لما ان اليد دليل

الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى

وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم

ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة

حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت

قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما

عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع

اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون

على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم

فلم تكن القسمة قضاء على الغير **قال** وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في

القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض

ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال

ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في

العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز **قال** واذا حضر وارثان واقاما

البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين

وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه

نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل

ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد
بالعيب فيرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب
احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين
اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما
عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد
مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا
الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف
ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم
اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على
الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي
عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على
ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان
طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر
الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي في الوجه الذي ذكرناه والاصح

المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر

على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما

القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس

يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض

لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون

جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر

الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها

باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا

لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف

ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض

دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق

لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني

الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى

ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين

في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا واما الجواهر

فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت

ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجرى الجواب على الطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق

الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان

لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين

لانه يشتمل على الضرر فى الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف

التراضى لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كل دار على حدتها فى قول ابى حنيفة رحمه الله

وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها

جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى

فيفوض الترجيح الى القاضى وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال

والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة ولهذا لا يجوز

التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب بخلاف الدار الواحدة

اذا اختلفت بيوتها لان فى قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال فى الكتاب الوضع

فى الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا فى مصرين لا تجمعان فى القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما

وعن محمد انه يقسم احدهما فى الاخرى والبيوت فى محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها

يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ

شبها من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة

لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات

الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسألة روايتان و

حرمة الربوا فالتحق بشبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور
ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى
لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم
يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا
جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى
بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز
على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم
نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم
والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به
التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له
واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة
الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه
بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان

لاتفي العرصة بقيمة البناء حينئذٍ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها

وهذا يوافق رواية الاصل **قال** فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في

القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق

معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف

البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما

القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى

القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق

والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق

والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع هو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني

يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها

معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث

يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل

من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم

من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق

تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على

سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز

وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه

وعلو لاسفل له وسفل له علو قوّم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال

رضي الله عنه هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل

يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة

وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن

والمرعي التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح

ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل

عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل

هو اختلاف معنى وجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد

فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى

لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما

ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن

التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير تفسير قول ابي حنيفة رح في

مسألة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل

لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه

ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد

ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا

ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف ره ان يجعل بازاء

فان ذراعا من سفل بذراعين من علو عند ابي حنيفة ١٢

خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان

السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل

وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه

هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي ره

وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما والقاسم وغيرهما سواء لمحمد ره انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل

كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو

الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح

مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة

عليه قال الطحاوي ره اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ ره لانهما

يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما

لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر

عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل

لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل

قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء

لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة فإن لم تقم له
بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما
لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا
لتناقضه وإليه أشار من بعد وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه
لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه
بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار
نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه
لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى
أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا فإن أقاما البينة يؤخذ
ببينة المدعي لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا
وترادا وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه
لما بينا وإن قامت لأحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** قال وإذا
استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله ويرجع بحصة ذلك في
نصيب صاحبه وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه
وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في
استحقاق بعض بعينه لا تفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق

كتاب القسمة

فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع ابي يوسف وأبو حفص مع ابي حنيفة هو

يعنى محمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص ۱۲ عنايه

الاصح لابي يوسف انه باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة

شريك ثالث ۱۲

كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة

اى كون استحقاق بعض شائع في نصيب احدهما بمنزلة استحقاق بعض شائع في النصيبين ۱۲ فتنقض القسمة ۱۲

وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم

اى لان استحقاق جزء شائع ۱۲

باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف

المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم

اى في النصف المؤخر ۱۲ بيان ۱۲

وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة

في عدم انتفاء معنى الافراز ۱۲ ع

لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة اذا اخذ احدهما

الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما

اى نصف الثلث المقدم ۱۲ عنايه

ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر

بيان ۱۲

لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا

اى الثلث ۱۲ عنايه ۱۲ اى نصف المقدم ۱۲ ع

للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما

اى النصف من الثلث المقدم الذى وقع في نصيب احدهما ۱۲ ع

لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن

في نقض القسمة ۱۲ ع

قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك

فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق ۱۲ ع

فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف لصاحبه **قال** ولو وقعت القسمة

اى في نصف المقدم ۱۲

ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان

اى اذا لم يؤد الورثة الدين ولم يبرء الغرماء ۱۲ ك

غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين

[Marginal commentary (handwritten glosses in the margins) — largely illegible at this resolution]

وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه
الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة
ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا

فصل فى المهاياة

التهايؤ جائز استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا ان القسمة اقوى منه فى استكمال
المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضى لانه ابلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما
القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستانفه الحاكم ولا فائدة فى النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ فى دار واحدة على ان يسكن هذا
طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت
ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك فى العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه
ولو تهايآ فى عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا فى البيت الصغير لان المهاياة قد تكون فى
الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يامرهما
القاضى بان يتفقا لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ فى العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما

لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرًا من القاضي و بالتراضي فكذا التهاياة وقيل عند ابی حنیفة رہ

لا یقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا یجری فیه الجبر عنده والاصح انه یقسم القاضي عنده ایضًا

لان المنافع من حیث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعیان الرقیق لانها تتفاوت تفاوتًا فاحشًا

على ما تقدم ولو تهایأ فیهما على ان نفقة كل عبد على من یأخذه جاز استحسانًا للمسامحة

في اطعام الممالیك بخلاف شرط الكسوة لانه لا یسامح فیها ولو تهایأ في دارین على ان یسكن كل واحد

منهما دارًا جاز ویجبر القاضي علیه اما عندهما فظاهر لان الدارین عندهما كدار واحدة

وقد قیل لا یجبر عنده اعتبارًا بالقسمة وعن ابی حنیفة رہ انه لا یجوز التهایؤ فیهما اصلًا

بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بیع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بیع بعض احدهما

ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت یقل في المنافع فیجوز بالتراضي ویجری فیه جبر القاضي

ویعتبر افرازًا اما یكثر التفاوت في اعیانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتین لا یجوز التهایؤ على الركوب

عند ابی حنیفة رہ وعندهما یجوز اعتبارًا بقسمة الاعیان وله ان الاستعمال یتفاوت بتفاوت الراكبین

فانهم بین حاذق واخرق والتهایؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف

العبد لانه یخدم باختیاره فلا یتحمل زیادة على طاقته والدابة تحملها واما التهایؤ في الاستغلال

یجوز في الدار الواحدة في ظاهر الروایة وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا یجوز ووجه الفرق ان النصیبین

یتعاقبان في الاستیفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغیره في

الحیوانات لتوالي اسباب التغیر علیها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما

علیها في نوبة الآخر فیشتركان في الزیادة لیتحقق التعدیل بخلاف

ما واذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز
ايضا فى ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى
الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر
قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز فى العبيد عندهما
اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع ولا يجوز عنده لان المعاوتة فى اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان فى العبد
الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز فى الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه فى الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ كل
واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة فى المنافع ضرورة
انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة
ان يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته او ينتفع بما له بمقدار معلوم
استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفى
الشريعة هى عقد على الزرع ببعض الخارج وهى فاسدة عند ابى حنيفة وقالا جائزة لما روى ان النبى عليه السلام عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة

والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى
انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك
للعمل فى تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهى المزارعة ولانه استيجار
ببعض ما يخرج من عمله فيكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبى عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان
سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ فله اجر مثله لانه فى معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من
قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه
نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة
بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط
احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثانى ان يكون رب الارض والمزارع من
اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض
او منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط
فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلى رب الارض بينها وبين العامل
حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة
فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما **قال** وهى

عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة

الى المعدل العوض فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد
جاز لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض
والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا
ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا
الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط
وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض
قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم
تتجانسا المنفعتان فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة
لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل
لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر
وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر
في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له
باتصاله بارضه **قال** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما
تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان
الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة
وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع
الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض

خرلجیه وأن یکون الباقی بینهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه وللآخر الباقی بینهما لانه معین مشاع فلا یؤدی الی قطع الشرکة کما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقی بینهما والارض عشریة قال وکذلك ان شرطا ما علی الماذیانات والسواقی معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معین افضی ذلك الی قطع الشرکة لانه لعله لا یخرج الا من ذلك الموضع وعلی هذا اذا شرط لاحدهما ما یخرج من ناحیة معینة وللآخر ما یخرج من ناحیة اخری وکذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسی یصیبه آفة فلا ینعقد الحب ولا یخرج الا التبن وکذا اذا شرط التبن نصفین والحب لاحدهما بعینه لانه یؤدی الی قطع الشرکة فیما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفین ولم یتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشرکة فیما هو المقصود ثم التبن یکون لصاحب البذر لانه نماء ملکه وفی حقه لا یحتاج الی الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سکوت عنه وقال مشایخ بلخ رحمهم الله التبن بینهما ایضا اعتبارا للعرف فیما لم ینص علیه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع یقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفین والتبن لصاحب البذر صحت لانه حکم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط یؤدی الی قطع الشرکة بان لا یخرج الا التبن واستحقاق غیر صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج علی الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شیئا فلا شئ للعامل لانه یستحقه شرکة ولا شرکة فی غیر الخارج وان کانت اجارة فالاجر مسمی فلا یستحق غیره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل فی الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملکه واستحقاق الآخر بالتسمیة وقد فسدت فبقی النماء کله لصاحب البذر

قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج لانه رضي بسقوط
الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها
فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان لها مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان
النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق
بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب
خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا
استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه
لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة
فيفسخ به المزارعة **قال** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في
عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره
في ذلك **قال** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات
فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض

ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين

لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل

فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة

لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت

المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه

بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج

لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال

حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع

بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان

على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما

معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل

عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات

رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي

العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب

العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو

اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع

ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه

أو انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد

بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك

يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع

وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا لأنا أبقينا العقد

نظرا لهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا

قال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة

على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو

عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما

ولا عقد فيجب مؤنته عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن

على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار

مشايخ بلخ قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي

والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس

وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك

الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما

ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما

لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم

العرف فيه ولو أرادا قصل القصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب

كتاب المزارعة

فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسر أفصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن

بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل

فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان

صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم

مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار

فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض على ما وصفنا قال

واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى

ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها

وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض

بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل

انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون

العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به

ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه

فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما ان يشترط

العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون

الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل

الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه

في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد

وتقلع دريّ الغراس لاختصاصها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

كتاب الذبائح

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى **قال** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لأن الشرط قيام الملة على ما مر **قال** ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى **قال** والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال** والوثني لأنه لا يعتقد الملة

قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم

قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا توكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي ابن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه لكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره

اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي
وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو
على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى
اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال
ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل
احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله
محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور
بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان
او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله
والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على
ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل
لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد
لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمته دون التسمية

وسماه اولانه الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لاباس
بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة مابين اللبة واللحيين
ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت
وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ
الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج
مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك
عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح
الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في
الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل
ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف
اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه
لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء
والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها
فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجية

جلد ۴ كتاب الذبائح

في حل الذبح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به

تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا

لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه

يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج

ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير

المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على

غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود

وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة

وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح

بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه

نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل **قال** ويستحب

ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا

القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها

ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال

لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس

كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة

أما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل
معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل
ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله
إلى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا
أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح وبعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وإن ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار
كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس
من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة
الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا
وقال مالك رحمه الله لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار إلى البدل كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رحمه الله أن الشاة إذا ندت
في الصحراء فذكاتها العقر وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز
والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا في المصر فيتحقق
العجز والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال والمستحب في
الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره أما الاستحباب فلموافقة
السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي

المعتبر في عينه في الجميع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله **قال** ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه ياكل الحب ولا ياكل الجيف وليس من سباع الطير

كتاب الذبائح

قال ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه
الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رض
حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث
الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها
قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله
وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم
لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن
بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد
وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل
كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس
باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من
السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير فان الذكاة
لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكاة لا تؤثر

في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل وصار كذبح المجوسي
ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ
وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه
حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل
يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء
إلا السمك وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان
وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع سواء لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء
والمحرم هو الدم فأشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى
رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا
محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان
فالكبد والطحال **قال** ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روينا
ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب
عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة
البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس بأكل الجريث
والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه

لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق

على المسافر استحسانا أو يموت بعد الوقت ولا يجب عليه بمنزلة الجمعة قال والحرية لما روي واشتراط

ما يوجب السهولة لا التيسير مشروع وفي شاة تمام في ترجيح على ما قيل وأما اشتراط

الوجوب فالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر والإسلام لكونها قربة والإقامة

لما بيناه واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت

وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب

عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن

عن أبي حنيفة رحمهما الله وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك

رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير

بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة الفطر وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه

من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير

فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة تتأدى

بالإراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والأصح أن يضحي من ماله

ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة

عن سبعة والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي

عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة

ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله

في الأصل لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا

بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض
وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن
اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه
والله اعلم قيّم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز
على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد
اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه جاز استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشراك هذه صفته وجه
الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت
الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل
ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشراك
بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رض ليس على المسافر جمعة ولا اضحية **قال** ووقت الاضحية يدخل
بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد
فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح
بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد

ولكن التاخير لاحتمال التشاغل عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية

تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة

وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف **قال** ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى
بكبشين املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما
اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة
لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة
والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز
لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا
تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية
الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى
في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه
استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل
اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رحمه الله
خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح **قال** والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت
شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم

قال ويجزى من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزى لقوله عليه السلام ضحوا
بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان
ما تمت له ستة اشهر فى مذهب الفقهاء وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة اشهر والثنى منها ومن المعز ابن سنة
ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل فى البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلى
والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى
سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك
الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه
ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد
المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى
ان النبى عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من
اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى فى حق القربة لم يقع
الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذى ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابى يوسف
لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير فى الورثة او
ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع
بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية

ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها
وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكل غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات
ثلث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال
ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها
لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك
مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير
اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او
اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على
التسليم قال ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف
اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد
الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال
والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين
بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله
عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها
الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة

حاشية كتاب الاضحية

والقربة اقيمت بانابته فی نیته بخلاف ما اذا امر المجوسی لانه لیس من اهل الذکاة فکان افسادًا قال

واذا غلط رجلان فذبح کل واحد منهما اضحیة الآخر اجزی عنهما ولا ضمان علیهما وهذا استحسان واصل

هذا ان من ذبح اضحیة غیره بغیر اذنه لا یحل له ذلک وهو ضامن لقیمتها ولا یجزیه من الاضحیة

فی القیاس وهو قول زفر وفی الاستحسان یجوز ولا ضمان علی الذابح وهو قولنا وجه القیاس انه ذبح شاة غیره

بغیر امره فیضمن کما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعینت للذبح لتعینها للاضحیة

حتی وجب علیه ان یضحی بها بعینها فی ایام النحر ویکره ان یبدل بها غیرها فصار المالک مستعینا بکل من یکون

اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضی هذه الایام وعساه یعجز عن اقامتها بعوارض فصار

کما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قیل یفوته امر مستحب وهو ان یذبحها بنفسه

او یشهد الذبح فلا یرضی به قلنا یحصل له مستحبان آخران صیرورته مضحیا لما عینه وکونه معجلا به فیرتضیه

ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانیة وهی ان من طبخ لحم غیره او طحن حنطته او رفع جرته

فانکسرت او حمل علی دابته فعطبت کل ذلک بغیر امر المالک یکون ضامنا ولو وضع المالک اللحم

فی القدر والقدر علی الکانون والحطب تحته او جعل الحنطة فی الدورق وربط الدابة علیه او رفع الجرة واماله الی

نفسه او حمل علی دابته فسقط فی الطریق فاوقد هو النار فیه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه علی رفع

الجرة فانکسرت فیما بینهما او حمل علی دابته ما سقط فعطبت لا یکون ضامنا فی هذه الصور کلها استحسانا لوجود الاذن

دلالة اذا ثبت هذا نقول فی مسألة الکتاب ذبح کل واحد منهما اضحیة غیره بغیر اذنه صریحا فهی خلافیة فیعینها ویتأتی

فیها القیاس والاستحسان کما ذکرنا فیأخذ کل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا یضمنه لانه وکیله فیما فعل دلالة

فاذا کانا قد اکلا ثم علما فلیحلل کل واحد منهما صاحبه ویجزیهما لانه لو اطعمه فی الابتداء یجوز وان کان

غنيا فكذا له ان يحلله في الابتداء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم

يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت

عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة

فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع

شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا

قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول

منها **فصل** في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف

ومحمد لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي يوسف انه لا بأس به للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما

تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز

الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام

في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة بشراب في اناء

فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا

في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين

والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء

لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب

والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد رح مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة

قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة

على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في

السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي

اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها

لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه

الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل

قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا

للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط

فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم

المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له

المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية

وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية

هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا

عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها

التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به

ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى

للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب
فلا بد فيه من الاحتياط بالاراقة ١٢

الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة

اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** ومن دعي

الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت

بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى

ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة

وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان

لم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي

عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد

وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو

علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت

المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح

ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء

لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له

في الاخرة وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم

منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى

ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم

الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام
نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره
وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من
المشائخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة
والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه
السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما
مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى
الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه
ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما روينا
والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه
محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان
الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى قال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى
بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير
حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير

جلد ٤ كتاب الكراهية

كتاب الكراهية

لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه قال ويكره

الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا

كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس

بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من

عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم ، كثرة ما توصي وتعقاد الرتم

وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو

التذكر عند النسيان

فصل في الوطي والنظر واللمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة

ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابابكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن ابى يوسف لانه امارة المرض **قال** وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام

عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته فبهذا ثبت ان السرة ليست
بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة
خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد
ابن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما
سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ
عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم
العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل
من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر
الرجل اليه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب

وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها
ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة
الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى
الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المراة
لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد

جلد ۴ — كتاب الكراهية

والتحقق من الجانبين في الافضاء الى الحرام اقوى من التحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة
الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل
الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة
كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها
وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض
بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى
ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع
ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما
يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى
الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها
وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله
اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها
عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي
بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد

جلد ٤ كتاب الكراهية

بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة

كتاب الكراهية

لانه لا ضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمال الرق في الاماء. ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف. واما الخلوة بهن والمسافرة معهن فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بأن يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت

جلد ٤ كتاب الكراهية

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري

من مال الصبي او من المرأة او من المملوك او ممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سببه متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا

ولا استبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام
الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع
عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر
وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية
عن ابي حنيفة رح **قال** ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد
ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول
محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها
ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم
يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك
المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان
وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل
ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف
حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر
نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي
عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض **قال** ومن له امتان

الختان فقبّلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبّلها ولا يمسّها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطياً لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرّم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهّدناه من قبل فاذا قبّلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احدهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبّلهما وكذا اذا مسّهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينّا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعاً وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعاً او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوّج احدهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعاً بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبّل الرجل فم الرجل او يده او شيئاً منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفراً رضي الله عنه

كتاب الكراهية

حين قدم من الحبشة وقبّل بين عينيه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها

للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل

قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده

جلد ۴ كتاب الكراهية

فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت
من امه واخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن
نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه
ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه
دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع
في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه **قال**
ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك
التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب
وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه
في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب

فابو یوسف اعتبر حقیقة الضرر اذ هو المؤثر فی الکراهة وابو حنیفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا یکون احتکارا لعدم الضرر واذا طالت یکون احتکارا مکروها لتحقق الضرر ثم قیل هی مقدرة باربعین یوما لقول النبی علیه السلام من احتکر طعاما اربعین لیلة فقد بری من الله وبری الله منه قیل بالشهر لان ما دونه قلیل عاجل والشهر وما فوقه کثیر اجل قد مر فی غیر موضع ویقع التفاوت فی الماثم بین ان یتربص العزة وبین ان یتربص القحط والعیاذ بالله وقیل المدة للمعاقبة فی الدنیا اما یأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة فی الطعام غیر محمودة قال ومن احتکر غلة ضیعته او ما جلبه من بلد اخر فلیس بمحتکر اما الاول فلانه خالص حقه لم یتعلق به حق العامة الا تری ان له ان لا یزرع فکذلک له ان لا یبیع واما الثانی فالمذکور قول ابی حنیفة رح لان حق العامة انما یتعلق بما جمع فی المصر وجلب الی فنائها وقال ابو یوسف یکره لاطلاق ما روینا وقال محمد رح کل ما یجلب منه الی المصر فی الغالب فهو بمنزلة فناء المصر یحرم الاحتکار فیه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا کان البلد بعیدا لم تجر العادة بالحمل منه الی المصر لانه لم یتعلق به حق العامة

قال ولا ینبغی للسلطان ان یسعر علی الناس لقوله علیه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فالیه تقدیره فلا ینبغی للامام ان یتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة علی ما نبین واذا رفع الی القاضی هذا الامر یأمر المحتکر ببیع ما فضل عن قوته وقوت اهله علی اعتبار السعة فی ذلک وینهاه عن الاحتکار فان رفع الیه مرة اخری حبسه

جلد ۴ کتاب الکراهیة

وعزبه على ما يرى حوالتي دفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن

القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به

بمشورة من اهل الراي والبصيرة فاذا فعل ذلك تعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه

القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على

قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر

طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق

لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك **قال** ويكره بيع السلاح

في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد

بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله

في الفتنة فلا يكره بالشك **قال** ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان

المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية

تقوم بعينه **قال** ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد

فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة

على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية

فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم

لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام

فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سواد

كتاب الكراهية

فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل لذمي خمرا فانه
يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية
وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها
وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على
الحمل المقرون بقصد المعصية **قال** ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة
لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام الا ان مكة حرام
لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم
فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما
اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج
اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه
ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا وقد نهى
رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه
وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير
والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير
والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره

قلوا في ... ما لا بد للعجمي دلالة وترك ذلك احسن لأن الخط وحرمة القرآن ان يكون ... قال

ولا بأس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه

من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال

مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام

بعد عامهم هذا ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب

المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي

عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى

تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم

في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع

وهو مثلة محرمة قال ولا بأس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لأن في الاول منفعة

البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها

لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه نوع بر في حقهم وما نهينا

عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل

في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز

ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الاولى لأنه يوهم تعلق عزه

بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه

لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لأنه مأثور عن النبي عليه السلام

رُوِي انه كان من دعائه اللهم انى اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك

وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد وكان الاحتياط

في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على

الخالق **قال** ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر

حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن

باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس

يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام

من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع

والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم

يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح به

باسا ليشغلهم عما هم فيه **قال** ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة

دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك

باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان

رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط

من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد

التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة

واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس **قال** ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه

يجوز قبضه الهبة والصدقة له والاصل في هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق **قال** ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه **قال** ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله **قال** ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام **قال** ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة

كتاب الكراهية

وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له

كتاب احياء الموات

اوكان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من

اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى

العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع

الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه

يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال

شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار

الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية

كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رح وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح

ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه

لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في

الحطب والصيد ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه

وما روياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف

الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه

العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء

الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها

لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث

انا لاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول فى الارض الرابعة لتعينها للتطرق وقصد الرابع ابطال حقه **قال** ويملكه الذمى بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابى حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما فى سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمى به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفى بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفى الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح

كتاب احياء الموات

انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها

مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء

لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل

القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون

مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى

بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله

حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما

لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام

من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب

والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح

فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام

حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون

ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن

للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا

من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر

والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما وتمكنه
ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مسافة **قال** وان كانت عينا فحريمها خمس مائة
ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع
يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمس مائة بالتوقيف والاصح انه خمس مائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا
في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرناه
في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه
بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان
احتفر آخر بيرا في حد حريمه فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان ياخذ الثاني فيه قيل
له ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يوخذ
برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح
ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه
لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر
لابي حنيفة ره انه يجعل الحفر تحجيرا او هو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لايملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره
وان حفر الثاني بيرا وراء حريم الاول فذهب ماء البير الاولى لاشئ عليه

كتاب احياء الموات

لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمس مائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث قال وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق

ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعد ما
استحق فينقض اليد الظاهر لشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسألة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب
ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه به للتنازع
فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع
فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان يستمسك به الماء فالآخر دافع به الماء عن ارضه
والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن
من نقضه وان كان في ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف
المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح
وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما
معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا
كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده
وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك
ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه

ابو جعفر اخذ بقوله في العرض بقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام

الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه

الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البير ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح

بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه

استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى

حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقى بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه

اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب

والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد

الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع

يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البير او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع

من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقربه من هذا الماء في غير ملك

احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذه بنفسه بشرط

ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له

اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع

جلد ۲

كتاب احياء الموات

الشركة فى الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهى الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز
فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل
فى البئر ونحوها الاولى ان يقاتل بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام
التعزير له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى
كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده فى كل وقت فصار كالمياومة
وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقى شجرا او خضرا
فى داره حملا بجراره له ذلك فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
وليس له ان يسقى ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع
من ذلك لان الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع
شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل
فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه فى ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة
كالماء المحرز فى انائه

فصل فى كرى الانهار قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر
مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به

كتاب احياء الموات

وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثانى فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الابى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الابى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابى بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضى فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم

كتاب احياء الموات

من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رُفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحه وقالا هي عليهم جميعا من اوله
الى اخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل
من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه
انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه
يمكنه دفع الماء عن ارضه بسدّه من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا
وقيل اذا جاوز فوّهة نهره وهو مروي عن محمد رحه والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة
من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه
وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى**
والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا
وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في
ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه
البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى
ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه

وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خاص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع

جلد ۴ كتاب احياء الموات

فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويريد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى

وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول

الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواها او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة

الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو

العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم

ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان

لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله

لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان

يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من

الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه

اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى

حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض

الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم

ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق

ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا

لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان

يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا

كتاب احياء الموات

لان المنع لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة

الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف

البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك يعني بعينه حيث لا تجوز العقود لما للجهالة

او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية

بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما

قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من

العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع

الامام الاصح انه يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع

الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا

بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين

واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او

نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا

غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في

الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها

في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا

وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر
لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة
والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل
اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في
غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا
فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو
اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم هذا الذي ذكره في الكتاب
قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت
به وكذا المعنى المحرم وهو الاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية
الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية
فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب
بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو
الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين
وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان
قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه

كتاب الاشربة

بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمها إلى سائر المسكرات
والشافعي رح يعديها إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الأحكام لا في الأسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما
بيناه والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم
حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها
والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر
لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على
حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم
الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس
حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها
لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد
فاقتلوه إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة
رضوان الله عليهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي
وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر

واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق و المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيئ من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيئ من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به

قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر
منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن
محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة
وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاء هذه
المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله
عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه و
فيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة رح فلم
يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو
ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد
انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة
نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب

والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال
ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ
من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن
سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على
سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في
اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك و
الشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه
السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر
ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل
شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر

وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه
والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على
ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما
ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا
ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى
طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير
قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب
احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة
ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به
وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة
ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا بأس بالانتباذ
في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية
فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال
ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره

كتاب الاشربة

فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه
بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر
وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته

قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا
وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه
التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل
يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي
به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام
الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره
من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب
منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا

قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به
لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبر دابة
ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي
في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا

قال ولا يحد شاربه اى شارب الدردى ان لم يسكر وقال الشافعى رح يحد لانه شرب جزءا من
الخمر قلنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من
الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه
اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل فى طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى
ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب
ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذى يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما
كان يجعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه
ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقى بعد
ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء و
الثانى العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى
يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى
ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه
عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع
الجملة لانه ثلث العصير وفى الوجه الثانى حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا

والغلي بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث فتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل والله أعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى إباحته انعقد الإجماع ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف

كتاب الصيد

فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد
بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل في الجوارح** **قال** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم
والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من
السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته
والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين
المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد
والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والذئب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة
لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات
وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو
مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو
الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط
ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه مزيد
الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له

وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص
الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر
بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم
ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي
المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنه يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما
لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد
كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان
هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد
وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله
فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان
الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل
منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه
وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق
الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من
الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو
من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ
باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا

قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد

والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه

المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله

ولم ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد

فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من

نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه

الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون

لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه والاكل قبل

الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال وان ادرك المرسل

الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل وكذا البازي والسهم لانه

قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل

حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق

ما يكون في المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول

الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر

انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه

لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر

الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت

حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت

كتاب الصيد

ليس عذبح وفصّل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الألة لم يوكل وان لم
يتمكن لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدًا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حلّ لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء
بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يوكل ايضا لانه وقع في يده حيًا فلا يحل الا
بذكاة الاختيار ردًا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه
ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه
حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند
ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش
مثل فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه
فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه
ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت
فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد
واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار
اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا
يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير

وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع
بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة
بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد
من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى فذبحهما مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد
لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتل
ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما
لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول ثم جثم عليه طويلا من النهار ثم مر به
صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ
وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث
ساعة للتمكين لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان
ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه
لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة
وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق
قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه

كتاب الصيد

يريد به عمد الترك كما مر وبينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم

فيغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول

يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه

حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين

لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد

فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد

به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا

كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي

فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار

زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال

لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال

ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد

والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم

فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث

انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل

المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين

فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا

ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول
لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في
الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن
الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل** في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او
ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان
لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه
لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما
لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص
بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل
فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى
صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل
ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته ولو
رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد
لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل
الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية
عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع
حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه

كتاب الصيد

واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم
آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها
والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده **قال** واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل
لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام
الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم
في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون
بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل
لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام
والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** واذا
رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل
لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك
وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان
وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك

وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها

لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك
ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر
خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم
وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه
قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود
حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ
لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا
الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع
الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او
بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه
قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا
يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة
او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء
لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت
كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه
الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد

أو رقبته فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** وإذا رمى صيدا فقطع
عضوا منه أكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح أكلا إن مات الصيد منه
لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار
بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما أبين من الحي
فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه
الصفة لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لأنه تتوهم سلامته بعد هذه
الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله
أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في
المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف وهو الأصل أن المبان من
الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة
بقدر ما يكون في المذبوح فإنه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة
أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه
مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي
ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل
المبان والمبان منه لأن المبان منه حي صورة لا حكما إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث
وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذي
رويناه ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج ويكره هذا الصنيع

لا يبلغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل فلو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال** والثاني ضامن لقيمته للاول

جلد ٤ كتاب الصيد

ميز ما نقصته جراحته لانه بالرمي تلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم شعر

صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهن مقبوضة ولما روى انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله

كتاب الرهن

قال وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه
قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين
اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك
يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق بعده يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول
النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه
السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد
ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع
اختلافهم في كيفيته والقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا
يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن
الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا
فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ
على وفق الإنباء ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت
بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع
به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء
من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا بخلاف

حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى
استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت
نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة
الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا
بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى
جملتها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام
وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان
شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء
يتلو الوجوب **قال** رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه

جلد ٤ — كتاب الرهن

يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشائخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة

قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترادّ فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل

قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن

والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله
عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه
يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام
يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا
احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما
في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها
في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه
في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا
نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به
زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز
لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار
وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن
رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف
لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام
العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر

الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها
كما لا بد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله فيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا
افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار
الرهن لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في
يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري
لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا
وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لما قلنا ولو أن الذي أودعه العدل
جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لأنه
لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به
قال وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لأن حكمه
الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه لأنه زال المانع من التسليم لوصول
الحق إلى مستحقه ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له
حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى
مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس
للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون

الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية

الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن

بالتعدي **قال** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله

قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده

فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على

الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان

الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي فلو رهنه

خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما

الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية

الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا

الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين

او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان

بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن

يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجرة البيت

الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على

الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في

الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه

وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه

وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد

الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان

لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك

حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن

فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة

لأنه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة

يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت

قيمة الرهن والدين سواء وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى

الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد

المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت

الذي ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب

ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له وأما الجعل إنما يلزمه لأجل

الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الأمراض

والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة

لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين

ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم وما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء

سواء كان الحصة في باب النكاح خلافا للهبة لان المتاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى استبقائه في حالة البقاء فلهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخل دون النخل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخل او دون الزرع او النخل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون

رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء

لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا هو تابع له ۱۲ كت

دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة

مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة

بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر **قال** ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع

اي في الرهن ۱۲ — اي القدوري في مختصره ۱۲

والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت

ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها

مرهون ۱۲

كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا

لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان

لانه لا اعتبار للباطل ۱۲ كت

يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر

وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه

وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح **قال** والرهن بالدرك باطل والكفالة

اي في الجامع الصغير ۱۲ عن

بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك

الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا

الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه

ثبت وتقرر ۱۲

قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين

الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك

بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة

حالة الرهن ۱۲

جلد ۴ — كتاب الرهن

الرهن الذي يجيء على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال

ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء

وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في

المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع

باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا

باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم

وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن

بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه

ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن

يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن

يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن

به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له

ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو

اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك

المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب

وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية

في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها

لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن

ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد

المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة

والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان

يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن

اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم

كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة

فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى

عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة

ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن

بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما

صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا

لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه

ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي

بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رح انه لا يجوز ذلك منهما

وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في

كتاب الرهن

حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ
لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك
في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا
المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسألة البيع فان
الاب والوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي
عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع
نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد
له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في
هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا
يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة
في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم
في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز
وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس

للابن ان يرده حتى يقضى الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصى الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على مانبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لاغير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل

اليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم
فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه

غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق
الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية الاخذ مال اليتيم
وكذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور
غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس متعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون
رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال

ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة
بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما
يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه
عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا
الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل
الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من
الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض

ويجعل مكانه ثم يملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة فى الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردى جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع فلهذا
يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالِب ومطالَب وكذا
الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا
استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا رح فيها مع ابى حنيفة رح وفى هذا مع ابى يوسف رح والفرق
لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك
وقبض الرهن ليستوفى من محل اخر فلابد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو
انكسر الابريق ففى الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابى حنيفة وابى يوسف
لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة
على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا
فيما هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع
المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة اولى وفى الوجه الثالث
وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه

ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتد حالة
الانكسار حالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته
اكثر من وزنه اثنى عشر عند ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان
العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل
كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل
مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته
وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا
ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة
القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند
المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع
شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا
يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس
فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق
وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح
العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار

لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر
عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في
الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على
التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف
مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة **قال** ومن اشترى
ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ
عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده
الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين
وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا
بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد
من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه
اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة
الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز

قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن
عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه
صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا
بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رح فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك
يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما
دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير
تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن قال وان رهن
رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه
حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل
واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد
منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد
الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء
بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى
الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل
التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على
خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبعدما

القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملاً على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياساً لكن محمداً رحمه الله اخذ به لقوته وآذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له **قال** ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاءً بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع **قال** وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاءً فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده

فی حق المالیۃ المرتھن وھم المضمونۃ ولو دفع العدل الی الراھن او المرتھن ضمن لانہ مودع الراھن فی حق العین ومودع المرتھن فی حق المالیۃ واحدھما اجنبی عن الاٰخر والمودع یضمن بالدفع الی الاجنبی

واذا ضمن العدل قیمۃ الرھن بعد ما دفع الی احدھما وقد استھلکہ المدفوع الیہ او ھلک فی یدہ لا یقدر ان یجعل القیمۃ رھنا فی یدہ لانہ یصیر قاضیا ومقتضیا وبینھما تناف لکن یتفقان علی ان یاخذاھا منہ ویجعلاھا رھنا عندہ او عند غیرہ وان تعذر اجتماعھما یرفع احدھما الی القاضی لیفعل کذلک ولو فعل ذلک ثم قضی الراھن الدین وقد ضمن العدل القیمۃ بالدفع الی الراھن فالقیمۃ سالمۃ لہ لوصول المرھون الی الراھن ووصول الدین الی المرتھن فلا یجتمع البدل والمبدل فی ملک واحد وان کان ضمنہا بالدفع الی المرتھن فالراھن یاخذ القیمۃ منہ لان العین لو کانت قائمۃ فی یدہ یاخذھا اذا ادی الدین فکذلک یاخذ ما قام مقامھا ولا جمع فیہ بین البدل والمبدل

قال واذا وکل الراھن المرتھن او العدل او غیرھما ببیع الرھن عند حلول الدین فالوکالۃ جائزۃ لانہ توکیل ببیع مالہ وان شرطت فی عقد الرھن فلیس للراھن ان یعزل الوکیل وان عزلہ لم ینعزل لانھا لما شرطت فی ضمن عقد الرھن صار وصفا من اوصافہ وحقا من حقوقہ الا تری انہ لزیادۃ الوثیقۃ فیلزم بلزوم اصلہ ولانہ تعلق بہ حق المرتھن وفی العزل اتواء حقہ وصار کالوکیل بالخصومۃ بطلب المدعی ولو وکلہ بالبیع مطلقا حتی ملک البیع بالنقد والنسیئۃ ثم نھاہ عن البیع نسیئۃ لم یعمل نھیہ لانہ لازم باصلہ فکذا بوصفہ لما ذکرنا وکذا اذا عزلہ المرتھن لا ینعزل لانہ لم یوکلہ وانما وکلہ غیرہ وان مات الراھن لم ینعزل لان الرھن لا یبطل بموتہ ولانہ لو بطل انما یبطل لحق الورثۃ وحق المرتھن مقدم **قال** وللوکیل ان یبیعہ

بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل
على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات
الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل
رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رح ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه
الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد
ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق
المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان
يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال
فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما
ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم
اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه
فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل
مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا
الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما
كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا
قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم

فأخذ حكم ضمان المال الذي جعل للمستحق في عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم
مقام الاول لحماً ودماً **قال** وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له
ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكاً او قائماً ففي الوجه الاول
المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه
متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل نفذ البيع ايضاً لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على
الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح
الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين
انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما
اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضياً به فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
قائماً في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع
على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب
بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة
لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن

لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل وان كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع **قال** واذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه

وكيل منه والملك يثبت بعد ذلك متأخراً عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضاً لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفاً فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً

ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف

لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر

او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن

ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له

في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه

في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح

الفرق **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان

المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا

حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان

الاجارة تبقى مدتها اذا لم يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه

فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق او

المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله

ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد

المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق

الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد

الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل

الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه

لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ولا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان تحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رح والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفى من عينه وكذا لا يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك

ند فلان وكذّبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر وهو يعتبره باقراره

بعد العتق ونحن نقول اقرّ بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف

ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبّره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا

ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن

صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى

واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن

موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام

الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان

كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة

ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه

عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى

تحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن

المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه

وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى **قال** وكذلك لو استهلك

الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه

مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه

احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم

جلد ۴ — كتاب الرهن

هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط
من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا
انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير
وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو
على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده
على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى
خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من
الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو
مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض
المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى
انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد
العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن
ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه
عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط

حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه

وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشر احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن

فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق

بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا

استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن

لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل

هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا

اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به

من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك

العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن

كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها

لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان

التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا

لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد

بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض

وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن

المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان

فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين

على الراهن وقد بيناه فى الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل

الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب

مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع

دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب

مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة

وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة وعلى الراهن ضمان

الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن

الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن

بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى

تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن

قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما

بيناه ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين

كما لو اختلفا فى مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله فى انكار اصله فكذا

فى انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه

كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر

الموعود المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن

بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت
العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع
بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق به
برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير
لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال
فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين
رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد
الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد
عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من
الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه
عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت
حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين

وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال

وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا

جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية

فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية

المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا

حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما فى الخلافية

ان الجناية حصلت على غير مالكه وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية

فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال

المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن

كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب

التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء

لانه لا فائدة فى اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين

فعن ابى حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس فى ضمانه فاشبه جناية العبد

الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار

كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن وابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة

فصار كالجناية على الاجنبى قال ومن رهن عبدا يساوى الفا بالف الى اجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته

الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع

على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه

هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن

فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان

بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء

واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته

مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه

المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على

دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام

مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر

وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل

مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسع مائة في العين

فاذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد

لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا **قال** وان كان امره الراهن ان

يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن الراهن

صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر

ما استوفى وكذا هذا **قال** وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين

وهذا عند ابي حنيفة رحمه وابو يوسف رحمه وقال محمد رحمه هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء

سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بما ثم له ان يد الرهن يد استيفاء
وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على
زفر رح ان العبد الثانى قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا
يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ومحمد رح فى الخيار
ان المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا
قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام
الثانى مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع
لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان
مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به
فهو على الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له
ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن
بشئ من الفداء لان الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان
يفدى قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك فى الرقبة قائم له وانما الى
المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها
التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن
فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن

وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن

جلد ۴ کتاب الرهن

والدفع لايعرى فى الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن
قال انا افدى راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال حق الراهن
وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن
انا افدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه
وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدى واما الراهن فلانه ليس
للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة
حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه
كان متبرعا وهذا اعتبار ما روى عن ابى حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين
ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدى وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء
من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم
ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من
الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى النصف
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا
بدينه كانه اوفى نصفه فبقى العبد رهنا بما بقى ولو كان المرتهن فدى والراهن
حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابى حنيفة رح وقال
ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع فى الوجهين لانه
فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبى وله انه اذا كان الراهن حاضرا

امكن مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر
مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا
يكون متبرعا **قال** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم
مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان
لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره
ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند
غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه
الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع لوصول
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في
دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز
لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب
الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم
صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن
اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان
من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع
بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي

درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط

وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا
عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن الراهن في اكله
وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس **قال** ويجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين
عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رح تجوز الزيادة
في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن
والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رح في الخلافية الاخرى ان الدين
في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما
الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو
غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمس مائة من الدين جاز وان كان
الدين الفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم
اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول
يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها
خمس مائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة

هلك الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتها في وقتي الاعتبار فهذا لان الضمان
في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واما ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد
خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون
الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم
القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال ومن

رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول

فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض
القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما
لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد
المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على
آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد
امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع
كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه
امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن
الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر

لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

ولابد من بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى
السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد
ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب
ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقد نطق به غير واحد
من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا
ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية
الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة
القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه
ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من
الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح
للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة
صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك
ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في
الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط
بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه

حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح
ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو
قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد
ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل
بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر
باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله
قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود
قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل
بالسوط والعصا الصغيرة **قال** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في
الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية
وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في
ثلث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ
من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في
سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه

قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو
آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك

جلد ۴
كتاب الجنايات

الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية

وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل

فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع

الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف

ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص

لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى

مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب

كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه

سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا

يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا

ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو

ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا

الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس

يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما

بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر

بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة **قال** ولا يقتل بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب احيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه

المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا
الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت ام بعدت لما بينّا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه
على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى
قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا
تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به
السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب
التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء
فانه الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى
زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على
التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا
يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيه وان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق

البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن

في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن

لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا

قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي

الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان

فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع

ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا

الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي

كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة

الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد

الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما

فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في

النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك

الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في

المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفي

السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا

القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم

فلا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفاء الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولين ممنوعة

قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فيكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح وهي مسألة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عندهما يسقى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرية

فى العصمة ولہ قولہ علیہ السلام الا ان قتیل خطأ العمد قتیل السوط والعصا وفیہ وفی کل

خطأ ارش ولان الالة غیر معدة للقتل ولا مستعملة فیہ لتعذر استعمالہ فتمکنت شبہة

عدم العمدیة ولان القصاص ینبئ عن المماثلة ومنہ یقال اقتص اثرہ ومنہ المقصة للجلمین

ولا تماثل بین الجرح والدق لقصور الثانی عن تخریب الظاہر وکذا لا یتماثلان فی حکمة الزجر

لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواہ غیر مرفوع او ھو محمول علی السیاسة وقال

اومت الیہ اضافتہ الی نفسہ فیہ واذا امتنع القصاص وجبت الدیة وھی علی العاقلة

وقد ذکرناہ واختلاف الروایتین فی الکفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم یزل صاحب

فراش حتی مات فعلیہ القصاص لوجود السبب وعدم ما یبطل حکمہ فی الظاہر فاضیف

الیہ قال واذا التقی الصفان من المسلمین والمشرکین فقتل مسلم مسلما ظن انہ مشرک فلا

قود علیہ وعلیہ الکفارة لان ھذا احد نوعی الخطاء علی ما بیناہ والخطأ بنوعیہ لا یوجب القود ویوجب

الکفارة وکذا الدیة علی ما نطق بہ نص الکتاب ولما اختلفت سیوف المسلمین علی الیمان

ابی حذیفة رض قضی رسول اللہ علیہ السلام بالدیة قالوا انما تجب الدیة اذا کانوا مختلطین فان

کان فی صف المشرکین لا تجب لسقوط عصمتہ بتکثیر سوادھم قال علیہ السلام من کثر

سواد قوم فھو منھم قال ومن شج نفسہ وشجہ رجل وعقرہ اسد واصابتہ حیة

فمات من ذلک کلہ فعلی الاجنبی ثلث الدیة لان فعل الاسد والحیة جنس واحد لکونہ

ھدرا فی الدنیا والاخرة وفعلہ بنفسہ ھدر فی الدنیا معتبر فی الاخرة حتی یاثم علیہ

وفی النوادر ان عند ابی حنیفة ومحمد رہ یغسل ویصلی علیہ وعند ابی یوسف رہ یغسل

ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه
في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا
والاخرة فصارت ثلثة اجناس وكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل
كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم

فصل

قال ومن شهر على المسلمين سيفا
فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ
فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله
فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه
عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كان يلبث ولكن
في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا
قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال
وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة ولا
يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر
ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر
اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان

وكذا عصمتها بحقها وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما لحق المالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسألة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرأة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرأة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة

كتاب الجنايات جلد ٤

رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من
يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة
تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد
غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون
النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا
قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي
في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فيعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف
الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر
للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها
فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي
الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعينة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش

كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض
كالمثلى اذا انصرم عن ايدى الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط
حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه او قطعت
ظلما فلا شئ له عندنا لان حقه متعين فى القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين
قرنيه وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدئ من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة
فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفائه ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من
الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء والصحيحة وفى عكسه يخير
ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى
تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص
فى اللسان ولا فى الذكر وعن ابى يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة
والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها

لانه يتعذر اعتبارها **فصل** قال واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط
القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية
على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم
الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا
فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير
فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكر
حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر
والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر
الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان
لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض
سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع
الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رح في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من
عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت
بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط
عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف

ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف
القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا اسقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا
لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه
ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين
وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض
بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف
وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص
من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق
التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة
فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف
الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان
الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في
الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله
الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح
صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي
لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات

سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف
الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا
سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها
او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع
حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس
لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع
على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث
قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني
رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء
قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان
اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران
اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق
الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد
يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي
لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به

كتاب الجنايات

حقا مستحقا **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي

حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان

العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص

وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر

فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي

الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ

فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا

والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات

متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم

نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخريين لتخلل

البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان

الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء

الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا

تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولان الجمع متعذر اما

للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان

يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من

شخصين بحسب القود على الحاز فصار كقتل اليد بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد
وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان
ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان
الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان **قال** ومن ضرب
رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى
معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل
جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله
حكومة عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي
له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع
يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا
عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث
وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن
القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد
موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن
نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله
ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه

عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب
ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب
الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع
وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا
فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما
يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى
العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا واذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو
من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق
الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق
الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث **قال** واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده
ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند
ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا
يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في
الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في
مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص
في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب
في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية

فان قيل القصاص متقوم في حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرا كالمنافع فانها غير متقومة في ذواتها ولكنها ما تقومت عند ورود العقد

تقع للمقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر
ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على الارش لليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا
شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها **قال** ولو تزوجها
على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا
تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها
على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر
فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ
يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من
الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع
عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية
لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط
وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد
لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين **قال** ومن
قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت
قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف

من على القصاص وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد
ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين
انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به **قال** ومن قتل وليه عمدا فقطع يد
قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح
وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع
اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز
رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب
القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في
الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس
ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك
لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين
كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته
قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما
بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه **قال** ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص

اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله
انه قتل بغير حق لانه لا حق له في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً ولانه جرح
افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمّى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فيجب
المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلّف فيها بالفعل اما تقلداً كالامام او عقداً
كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال ومن قُتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد
البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون
لابيهما على آخر على هذا الخلاف لهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض
عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالاً
يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصماً عن
الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص
يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في
الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا
ينتصب احدهم خصماً عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات

العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه **قال** فان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى نفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك

قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح

قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان ومكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما

فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمال المشهود عليه سترا عليه او لانه كذبهم في نفي العلم ظاهرا وهو باطل لانه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال

واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد اخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن

موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل
منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل
حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت
والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد
موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك **قال** وان
رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح
عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان
العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه
يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية
اما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا
يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في
وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه **قال** ومن قضي عليه بالرجم
فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة
الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد

لم يوكل لان ماءه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته وسلامته قال وهذه الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح اثلاثا ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان عمر وزيد رض ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما

قوله علیه السلام فی نفس المؤمن مائة من الابل وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضی

فی صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض

به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل

لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا

من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت

لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض

وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل

خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

غير ان عند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه

قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رح من الورق

اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف

درهم وتاويل ما رواه انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال

ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة

ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل

مال منها ولهما ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية

ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها

جلد ٤ كتاب الديات

كتاب الديات

وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل ويرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الف وللشافعي رح ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رح لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوّت

جنس منفعته على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رح تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس

قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدب لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو التحد وبقي لا شئ عليه لزواله لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي

السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح

وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه

اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك

فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **قال** وفيما دون الموضحة حكومة العدل

لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي

وعمر بن عبد العزيز رح **قال** وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر

الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية

فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان

النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر

وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن

ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا

نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل

جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة

قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروي عن ابي يوسف رح

وهذا الخلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي

التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة

بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس وما كان في غير الوجه والرأس

يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا
يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما
يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص
بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه
وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه
مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير
فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف
البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم
وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل في اصابع اليد

نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر وان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه
السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش
بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل
وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على

تقدير الشرع وكما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل
الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل وفيها
اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شئ في الكف وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير
لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد
اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش
يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم
اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شئ
في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا
منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا
لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه
قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان
المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو
مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على

كتاب الديات

النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا **قال** وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين **قال** وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك

الزيادة لها في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما
لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود
في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما
بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية
صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا **قال** وان قطع اصبعا
فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر والحسن رح
يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة
عن محمد في المسألة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل
بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى
ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور
ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة **قال** ولو كسر بعض
السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رح ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا
فهو على الروايتين هاتين **قال** ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في
قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة

من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب
الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن
الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني
حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتباره تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت
تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال
ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم
جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب
ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا
حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه منكر اثر فعله وقد مضى الاجل
الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه تجب
حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش

جلد سوم
كتاب الديات

فی الخطأ علی العاقلۃ وفی العمد فی مالہ ولا یجب القصاص لانہ لا یمکنہ ان یضربہ ضربا تسود منہ وکذا اذا کسر بعضہ واسود الباقی لا قصاص لما ذکرنا وکذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم یبق لھا اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابی حنیفۃ رح لزوال الشین الموجب وقال ابو یوسف رح یجب علیہ ارش الالم وھو حکومۃ عدل لان الشین ان زال فالالم الحاصل ما زال فیجب تقویمہ وقال محمد رح علیہ اجرۃ الطبیب وثمن الدواء لانہ انما لزمہ اجرۃ الطبیب وثمن الدواء بفعلہ فصار کانہ اخذ ذلک من مالہ الا ان اباحنیفۃ رح یقول ان المنافع علی اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبھۃ ولم یوجد فی حق الجانی فلا یغرم شیئا قال ومن ضرب رجلا مائۃ سوط فجرحہ فبرأ منھا فعلیہ ارش الضرب معناہ اذا بقی اثر الضرب فاما اذا لم یبق اثرہ فھو علی الاختلاف قد مضی فی الشجۃ الملتحمۃ قال ومن قطع ید رجل خطأ ثم قتلہ قبل البرء فعلیہ الدیۃ وسقط ارش الید لان الجنایۃ من جنس واحد والموجب واحد وھو الدیۃ وانھا بدل النفس بجمیع اجزائھا فدخل الطرف فی النفس کانہ قتلہ ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحۃ لم یقتص منہ حتی یبرأ وقال الشافعی رح یقتص منہ فی الحال اعتبارا بالقصاص فی النفس وھذا لان الموجب قد تحقق فلا یعطل ولنا قولہ علیہ السلام یستأنی فی الجراحات سنۃ ولان الجراحات یعتبر فیھا مآلھا لا حالھا لان حکمھا فی الحال غیر معلوم فلعلھا تسری الی النفس فیظھر انہ قتل وانما یستقر الامر بالبرء قال وکل عمد سقط القصاص فیہ بشبھۃ فالدیۃ فی مال القاتل وکل ارش وجب بالصلح فھو فی مال القاتل لقولہ علیہ السلام لا تعقل العواقل عمدا الحدیث وھذا عمد غیر ان الاول یجب فی ثلث سنین لانہ مال وجب

بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لا سمال وجب بالعقد فاشبه الثمن في
البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب
حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد
فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا
انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم
الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل
عنه لا سيما الى الزيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية
اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى
المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ
وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمس مائة فصاعدا والمعتوه
كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد
غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في
ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي
عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان
الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي
وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا

من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم **فصل**

في الجنين **قال** واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية

قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمس

مائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة

قيمته خمس مائة ويروى او خمس مائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بست

مائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمس مائة درهم وقال مالك

في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس

ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا

ان العواقل لا تعقل ما دون خمس مائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل

النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رح انه قال بلغنا ان رسول

الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس

على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني

في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة

بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى

لاطلاق ما رويناه ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين

فيقدر بمقدار واحد وهو خمس مائة فان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب

السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه
السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد
ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت
ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لان الظاهر
موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق
بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه
لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي
جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح
فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا
انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الاصل ولا معتبر به في
ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انتقصت
الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما
ذكرناه ان شاء الله تعالى فيصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى ما في
بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا
لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند

مجهزة تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية
على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رح
تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد
عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء
ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا
في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض
الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيره فيه شيئا فكذا في الحق
المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا
ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه
السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ
ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا
يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن

الكل فجعل فى حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما

قال واذا اشرع فى الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان فى الاصل وكذلك اذا اسقط شئ مما ذكرنا فى اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على اخر فماتا فالضمان على الذى احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اى طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته فقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل

انساناً قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلّماً الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارةً واصلاحاً فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صبّ الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رشّ الماء او توضأ لانه متعدٍّ فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رشّ ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادةً اما اذا رشّ ماءً قليلاً كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادةً لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صبّ الماء فسقط لا يضمن الراشّ لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رشّ بعض الطريق لانه يجد موضعاً للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراشّ شيء وان رشّ جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رشّ فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحساناً واذا استاجر اجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقّل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** ومن حفر بئراً في طريق المسلمين او وضع حجراً فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعدٍّ فيه فيضمن ما يتولد

كتاب الديات
جلد ٤

منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ

الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع

كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى

عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله

ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه

لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي

الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره

عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان

كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح

مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة

مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا

اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء

مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان

كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق

ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه

فالضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر

ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد هو ضامن في الوجوه

كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه **قال** وان استاجر
اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها
في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن
المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع
للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد
والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره
بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق
الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما
غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق
يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن
جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة و
كذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني
تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة
كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو
ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ

يحتمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبس فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحاً مطلقاً وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى استعماله

وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق في هذا الاستئذان من أهله

قال وإن جلس رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلوة وإن كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلوة أو نام فيه في أثناء الصلوة أو نام في غير الصلوة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما أن المسجد إنما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه أداء الصلوة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلوة ولأن المنتظر للصلوة في الصلوة حكماً بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلوة وله أن المسجد بني للصلوة وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من

اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به

وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يضمنها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدٍّ ابتداءً كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد به كل صاحب حق وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجّله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجّله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف

اشراع الجناح لانه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان

على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه

بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء

ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح

التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه

في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء

كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية

النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة

المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح

التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من

اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد

الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه

وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على

النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه

وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال

واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون

ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا

الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب
من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين
كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو
الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء
علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر
الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت اوكبرت على ما
عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت
او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين
ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه
من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن
فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز
عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف

وان لم یکن عن النفحۃ فصار متعدیا فی الایقاف و شغل الطریق بہ فیضمنہ قال واذا اصابت
بیدھا او برجلھا حصاۃ او نواۃ او اثارت غبارا او حجرا صغیرا ففقا عین انسان او افسد
ثوبہ لم یضمن وان کان حجرا کبیرا ضمن لانہ فی الوجہ الاول لا یمکن التحرز عنہ اذ سیر الدواب
لا یعری عنہ وفی الثانی ممکن لانہ ینفک عن السیر عادۃ وانما ذلک بتعنیف الراکب والمرتدف
فیما ذکرنا کالراکب لان المعنی لا یختلف قال فان راثت او بالت فی الطریق وھی تسیر فعطب
بہ انسان لم یضمن لانہ من ضرورات السیر فلا یمکنہ الاحتراز عنہ وکذا اذا اوقفھا لذلک
لان من الدواب ما لا یفعل ذلک الا بالایقاف وان اوقفھا لغیر ذلک فعطب انسان بروثھا او
بولھا ضمن لانہ متعد فی ھذا الایقاف لانہ لیس من ضرورات السیر ثم ھو اکثر ضررا بالمارۃ
من السیر لما انہ ادوم منہ فلا یلحق بہ والسائق ضامن لما اصابت بیدھا او رجلھا
والقائد ضامن لما اصابت بیدھا دون رجلھا والمراد النفحۃ قال رضی اللہ عنہ ھکذا
ذکرہ القدوری رحمہ اللہ فی مختصرہ والیہ مال بعض المشایخ رحمہم اللہ ووجھہ ان النفحۃ بمرای عین
السائق فیمکنہ الاحتراز عنہ وغائب عن بصر القائد فلا یمکنہ التحرز عنہ وقال اکثر المشایخ ان السائق
لا یضمن النفحۃ ایضا وان کان یراھا اذ لیس علی رجلھا ما یمنعھا بہ فلا یمکنہ التحرز عنہ بخلاف
الکدم لامکانہ کبحھا بلجامھا وبھذا ینطق اکثر النسخ وھو الاصح قال الشافعی رحمہ اللہ یضمنون النفحۃ
کلھم لان فعلھا مضاف الیھم والحجۃ علیہ ما ذکرناہ وقولہ علیہ السلام الرجل جبار معناہ النفحۃ
بالرجل وانتقال الفعل بتخویف القتل کما فی المکرہ وھذا تخویف بالضرب وفی الجامع الصغیر وکل شیء
ضمنہ الراکب ضمنہ السائق والقائد لانھما مسببان بمباشرتھما شرط التلف وھو تقریب الدابۃ الی

مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطئت الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء
الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه
وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة
حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية
دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق
ما اوطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر
اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما
نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله و
فعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان
الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق
بئرا فانهارا عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل
صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان
كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب
للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا

حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا
وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك
بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول
قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة
لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي فقد اخلف بدلا
بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على
عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي
المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من
البدل وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا
على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد
لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة

قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة
لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه
والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان
المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه
لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد

يضمن ما عطب بما هو خلفه يضمن ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانعدام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحرز من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في

طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت
تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت
فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكن من الصيد وهذه تنافي
مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا
او مالا في فوره لا يضمن من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدٍّ
فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال

ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن
لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه
السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب
النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار
والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه
السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد
سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك
للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه
الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات

اعين اربعة يجب الربع بفوات احدها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل

او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس

دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان

بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في

تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان

واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف

ايضا قال وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت

الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة

قال ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا

والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس و

الراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب

الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان

عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر

قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما

نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف

اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه

والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير

كتاب الديات

علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على
قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا
هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو
الاصح فيما أراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك
على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر
لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع
على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم
يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فيبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال

ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس
وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في
رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مواخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت
انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح
جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد
العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان
يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندنا

بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه
كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني
تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عند
النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب
في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه
يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان
الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له
حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر **قال** فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه
بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب
عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الاول
فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه
حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما
بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد

کتاب الدیات

الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال

ان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما

واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية

بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه

الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا

جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم

لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من

ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم

مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة

بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق

متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق

في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان

اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا

يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من

الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد

لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية

فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع

جلد ٤ كتاب الديات

واخوانه لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا

انہ علق الاعتاق بالجنایۃ والمعلق بالشرط ینزل عند وجود الشرط کالمنجز فصار کما اذا اعتقہ بعد

الجنایۃ الا تری ان من قال لامرأتہ ان دخلت الدار فواللہ لا اقربک یصیر ابتداء الایلاء من وقت

الدخول وکذا اذا قال لہا اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتی طلقت ومات من ذلک

المرض یصیر فارا الا انہ یصیر مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اوردہ لان غرضہ طلاق او

عتق یمکنہ الامتناع عنہ اذ الیمین للمنع فلا یدخل تحتہ ما لا یمکنہ الامتناع عنہ ولانہ حرضہ

علی مباشرۃ الشرط بتعلیق اقوی الدواعی الیہ والظاہر انہ یفعلہ فہذا دلالۃ الاختیار

قال واذا قطع العبد ید رجل عمدا فدفع الیہ بقضاء او بغیر قضاء فاعتقہ ثم مات من

الید فالعبد صلح بالجنایۃ وان لم یعتقہ رد علی المولی وقیل للاولیاء اقتلوہ او اعفوا

عنہ ووجہ ذلک وہو انہ اذا لم یعتقہ وسری تبین ان الصلح وقع باطلا لان الصلح کان عن

المال لان اطراف العبد لا یجری القصاص بینہا وبین اطراف الحر فاذا سری تبین ان المال غیر واجب

وانما الواجب ہو القود فکان الصلح واقعا بغیر بدل فبطل والباطل لا یورث الشبہۃ کما

اذا وطی المطلقۃ الثلث فی عدتہا مع العلم بحرمتہا علیہ فیجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقہ

لان اقدامہ علی الاعتاق یدل علی قصدہ تصحیح الصلح لان الظاہر ان من اقدم علی

تصرف یقصد تصحیحہ ولا صحۃ لہ الا وان یجعل صلحا عن الجنایۃ وما یحدث منہا ولہذا لو نص

علیہ ورضی المولی بہ یصح وقد رضی المولی بہ لانہ لما رضی بکون العبد عوضا عن القلیل یکون اظہر رضی بکونہ عوضا عن

الکثیر فاذا اعتق یصح الصلح فی ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم یعتق لم یوجد الصلح ابتداء والصلح الاول

وقع باطلا فیرد العبد الی المولی والاولیاء علی خیرتہم فی العفو والقتل وذکر فی بعض النسخ رجل قطع ید

رجل عمدا فصالحه القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده

ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا

فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب

قيل ما ذكره ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما

فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح

العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب

القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم

يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل

قال واذا جنى العبد الماذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية

فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما

مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع

بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما

بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء

لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانعدامه وههنا

يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت

الامة الماذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت

جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها

استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى
لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية **قال** واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد
والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت
اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان
لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في
جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي
او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا **قال** ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى
وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها
وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا
يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له
لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية

كتاب الديات

للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية

قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد

قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه

بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذى لم يعف من ولىّ العمد وعشرة الاف لوليّى الخطأ لانه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليّ الخطأ فى كل الدية عشرة الاف وحق احد وليّ العمد فى نصفها خمسة الاف ولا تضايق فى الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليّى الخطأ وثلثه لغير العافى من وليّى العمد عند ابى حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلثة ارباعه لوليّى الخطأ وربعه لولى العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليّى الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين فى النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها فى الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اى قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابى حنيفة رح وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وذكر فى بعض النسخ قتل وليّا لهما والمراد القريب ايضا وذكر فى بعض النسخ قول محمد رح مع ابى حنيفة رح وذكر فى الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابى حنيفة ومحمد رح وعند ابى يوسف رح الجواب فيه كالجواب فى مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابى يوسف رح ان حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالاً غير انه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالاً وما كان

في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه **فصل** ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضى له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا وبدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعين العشرة

باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة
الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد
كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت
في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع
يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه
والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص
في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت
الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة
فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من
الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم
يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء
على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية بكذا
فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له

معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له

مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان

ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له

الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ

وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه على

اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له

الحق واذا امتنع القصاص في الفصل الاول عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح

الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول

كالجواب عند محمد رح في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجّا فاوقع العتق على

احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين

في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه

واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما

وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة

عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل

كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك وكان القياس ان لا تثبت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة

وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر

الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد

فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شئ له من النقصان عند

ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ

قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت

فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة

في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا

كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان

يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما

اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك

الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما

ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال

فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء

امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير

مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء

وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى

ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة

فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روى عن ابى عبيدة رضى الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا منع من المولى فى اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة فى الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا فى رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق **قال** فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلا شئ عليه لانه مجبور على الدفع **قال** وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابى حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولى الثانية

علماً بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان
الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد و عدمه بمنزلة وام
الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا
اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان
موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب
قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد
القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير
مسترداً كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب
العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ
بافعاله قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان
يصير مختاراً للفداء فيصير مبطلاً حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع
المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا

استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك
على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان
الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم الى ولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا
يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما
ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه
يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان
جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية
الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا
بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول
ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف
قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في
هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبته واحدة

بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسألة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب

صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رح في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه

بالقتل ولصالحي اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بالعدم فائدة
يمين الطالح ولو اختار اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا قضي على اهل
المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث
عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا
للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية و
القسامة في حديث سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه
بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص
والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل
شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين
اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين
حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف
النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا
باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم
انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط

وعن ابی یوسف فی غیر روایۃ الاصول ان فی القیاس تسقط القسامۃ والدیۃ عن الباقین من اھل المحلۃ ویقال للولی الک بینۃ فان قال لا یستحلف المدعی علیہ علی قتلہ یمینا واحدۃ ووجھہ ان القیاس یاباہ لاحتمال وجود القتل من غیرھم وانما عرف بالنص فیما اذا کان فی مکان ینسب الی المدعی علیہم والمدعی یدعی القتل علیہم وفیما وراءہ یبقی علی اصل القیاس وصار کما اذا ادعی القتل علی واحد من غیرھم وفی الاستحسان تجب القسامۃ والدیۃ علی اھل المحلۃ لانہ لا فصل فی اطلاق النصوص بین دعوی ودعوی فنوجبہ بالنص لا بالقیاس بخلاف ما اذا ادعی علی احد من غیرھم لانہ لیس فیہ نص فلو اوجبناھما لاوجبناھما بالقیاس وھو ممتنع ثم حکم ذلک ان یثبت ما ادعاہ اذا کان لہ بینۃ وان لم تکن استحلف یمینا واحدۃ لانہ لیس بقسامۃ لانعدام النص وامتناع القیاس ثم ان حلف بریٔ وان نکل والدعوی فی المال ثبت بہ وان کان فی القصاص فھو علی الاختلاف مضی فی کتاب الدعوی قال وان لم تکمل اھل المحلۃ کررت الایمان علیہم حتی یتم خمسین لما روی ان عمر رضی اللہ عنہ لما قضی فی القسامۃ وافی الیہ تسعۃ واربعون رجلا فکرر الیمین علی رجل منھم حتی تمت خمسین ثم قضی بالدیۃ وعن شریح والنخعی رضی اللہ عنہما مثل ذلک ولان الخمسین واجب بالسنۃ فیجب اتمامھا ما امکن ولا یطلب فیہ الوقوف علی الفائدۃ لثبوتھا بالسنۃ ثم فیہ استعظام امر الدم فان کان العدد کاملا فاراد الولی ان یکرر علی احدھم فلیس لہ ذلک لان المصیر الی التکرار ضرورۃ الاکمال قال ولا قسامۃ علی صبی ولا مجنون لانھما لیسا من اھل القول الصحیح والیمین قول صحیح قال ولا امرأۃ ولا عبد لانھما لیسا من اھل النصرۃ والیمین علی اھلھا قال وان وجد

(بین السطور: ای وجہ ان القسامۃ والدیۃ تسقط عن اہل المحلۃ ۱۲ — ای القسامۃ والدیۃ ۱۲ — ای الیمین — المال ۱۲ — الدعوی ۱۲ — ای القدوری ۱۲ عینی — ای لا اشتغال بطلب الفائدۃ فی التکرار ۱۲ — الیمین ۱۲ — ای القدوری ۱۲ عینی — ای القدوری ۱۲ عینی)

جلد ۴ کتاب الدیات

(حواشی: ...دخول القارئ فی جواب... ۱۲ عینی — والنخعی انہ تکلف... رواہ ابن ابی شیبۃ فی مصنفہ حدثنا عبد الرحیم بن سلیمان عن اشعث عن ابن سیرین عن شریح قال جاءت قسامۃ فلم یوفوا خمسین فردد علیہم القسامۃ حتی اوفوا... رواہ عبد الرزاق فی مصنفہ... الثوری عن مغیرۃ عن ابراہیم قال اذا لم یکمل القسامۃ ردوا... حتی یکملوا خمسین ... ۱۲ عینی — استعظام ... الدم ۱۲ عینی)

ميتاً لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته
بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من ان يكون به اثر يستدل به على كونه
قتيلاً وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه
او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو
وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقاً بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس
او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به
في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة
ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة
لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة
الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب
فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالاً وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة
والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حياً وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه
ينفصل ميتاً لا حياً قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل

كتاب الديات

العاقلة لانه فی یده فصار کما اذا کان فی دارہ وکذا اذا کان قائدها او راکبها فان اجتمعوا
فعلیهم لان القتیل فی ایدیهم فصار کما اذا وجد فی دارهم **قال** وان مرت دابة بین
قریتین وعلیها قتیل فهو علی اقربهما لما روی ان النبی علیه السلام اتی بقتیل وجد بین قریتین
فامر ان یذرع وعن عمر رضی الله عنه انه لما کتب الیه فی القتیل الذی وجد بین وادعة
وارحب کتب بان یقیس بین قریتین فوجد القتیل الی وادعة اقرب فقضی علیهم بالقسامة
قیل هذا محمول علی ما اذا کان بحیث یبلغ اهله الصوت لانه اذا کان بهذه الصفة یلحقه
الغوث فتمکنهم النصرة وقد قصروا **قال** وان وجد القتیل فی دار انسان فالقسامة
علیه لان الدار فی یده والدیة علی عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا تدخل السکان
فی القسامة مع الملاک عند ابی حنیفة ره وهو قول محمد ره وقال ابو یوسف ره هو علیهم
جمیعا لان ولایة التدبیر کما تکون بالملک تکون بالسکنی الا تری انه علیه السلام جعل
القسامة والدیة علی الیهود وان کانوا سکانا بخیبر ولهما ان المالک هو المختص بنصرة
البقعة دون السکان لان سکنی الملاک الزم وقرارهم ادوم فکانت ولایة التدبیر الیهم
فیتحقق التقصیر منهم واما اهل خیبر فالنبی علیه السلام اقرهم علی املاکهم وکان یاخذ
منهم علی وجه الخراج **قال** وهو علی اهل الخطة دون المشترین وهذا قول ابی حنیفة
ومحمد ره وقال ابو یوسف ره الکل مشترکون لان الضمان انما یجب بترک الحفظ ممن له ولایة
الحفظ وبهذا الطریق یجعل جانیا مقصرا والولایة باعتبار الملک وقد استووا فیه ولهما
ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصیل والمشتری دخیل

ودلاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان
بقى واحد منهم فكذلك يعنى من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم
فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا
وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا
حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابى حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا
يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة
البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال فان وجد القتيل فى دار مشتركة
نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقى فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم
صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة
قال ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان
فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا ان لم يكن
فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لانه
انما انزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد
بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض وفى
البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر وله ان القدرة
على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك

ان القتل حصل منہم ظاہرا لانہم یقولان ان اہل السجن مقہورون فلا یتناصرون فلا یتعلق بہم

ما یجب لاجل النصرۃ ولانہ بنی لاستیفاء حقوق المسلمین فاذا کان غنمہ یعود الیہم فغرمہ یرجع

علیہم قالوا وہذا فربعۃ المالک والساکن وہی مختلف فیہا بین ابی حنیفۃ وابی یوسف رح

قال وان وجد فی بریۃ لیس بقربہا عمارۃ فہو ہدر وتفسیر القرب ما ذکرنا من استماع الصوت

لانہ اذا کان بہذہ الحالۃ لا یلحقہ الغوث من غیرہ فلا یوصف احد بالتقصیر وہذا اذا لم تکن

مملوکۃ لاحد اما اذا کانت فالدیۃ والقسامۃ علی عاقلتہ وان وجد بین قریتین کان علی

اقربہما وقد بیناہ وان وجد فی وسط الفرات یمر بہ الماء فہو ہدر لانہ لیس فی ید احد

ولا فی ملکہ وان کان محتبسا بالشاطئ فہو علی اقرب القری من ذلک المکان علی

التفسیر الذی تقدم لانہ اختص بنصرۃ ہذا الموضع فہو کالموضوع علی الشط والشط فی ید

من ہو بقربہ من الاراضی انہم یستقون منہ الماء ویوردون بہائمہم فیہا بخلاف النہر الذی

یستحق بہ الشفعۃ لاختصاص اہلہا بہ لقیام یدہم علیہ فیکون القسامۃ والدیۃ علیہم

قال وان ادعی الولی علی واحد من اہل المحلۃ بعینہ لم تسقط القسامۃ عنہم وقد

ذکرناہ وذکرنا فیہ القیاس والاستحسان قال وان ادعی علی واحد من غیرہم سقطت

عنہم ووجہ الفرق قد بیناہ من قبل وہو ان وجوب القسامۃ علیہم دلیل علی ان القاتل

منہم فتعیینہ واحدا منہم لا ینافی ابتداء الامر منہم بخلاف ما اذا عین من غیرہم لان ذلک بیان ان القاتل لیس منہم

وہم انما یغرمون اذا کان القاتل منہم لکونہم قتلۃ تقدیرا حیث لم یاخذوا علی ید الظالم ولان اہل المحلۃ

لا یغرمون بمجرد ظہور القتیل بین اظہرہم الا بدعوی الولی فاذا ادعی القتل علی غیرہم امتنع دعواہ

عليهم وسقط لفقد شرطه **قال** واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعى الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شئ لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل فى معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد فى خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابى حنيفة رح خلافا لابى يوسف رح وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرناه لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية

كتاب الديات

بعد ما قبله باثر شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من
هذا الجنس قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه
لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا والشاهد يقطعها عن نفسه فكان
متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم
اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا
قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولهما ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا
ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون
الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى
اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي
قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد
ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته
على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في
يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على
ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على
عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم

بملکہ فیصیر کانہ قتل نفسہ فیھدر دمہ ولو ان رجلین کانا فی بیت ولیس معھما ثالث فوجد احدھما

مذبوحا قال ابو یوسف رح یضمن الاخر الدیۃ وقال محمد رح لا یضمنہ لانہ یحتمل انہ قتل نفسہ ویحتمل انہ قتلہ

الاخر فلا یضمنہ بالشک ولابی یوسف رح ان الظاھر ان الانسان لا یقتل نفسہ فکان التوھم

ساقطا کما اذا وجد قتیل فی محلۃ ولو وجد قتیل فی قریۃ لامرأۃ فعند ابی حنیفۃ ومحمد رح

القسامۃ علیھا تکرر علیھا الایمان والدیۃ علی عاقلتھا اقرب القبائل الیھا فی النسب وقال

ابو یوسف رح القسامۃ علی العاقلۃ ایضا لان القسامۃ انما تجب علی من کان من اھل النصرۃ

والمرأۃ لیست من اھلھا فاشبھت الصبی ولھما ان القسامۃ لنفی التھمۃ وتھمۃ القتل من المرأۃ

متحققۃ قال المتاخرون ان المرأۃ تدخل مع العاقلۃ فی التحمل فی ھذہ المسألۃ لانا انزلناھا

قاتلۃ والقاتل یشارک العاقلۃ ولو وجد رجل قتیلا فی ارض رجل الی جانب قریۃ لیس صاحب

الارض من اھلھا قال ھو علی صاحب الارض لانہ احق بنصرۃ ارضہ من اھل القریۃ

کتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلۃ وھی الدیۃ وتسمی الدیۃ عقلا لانھا تعقل الدماء من ان تسفک

ای تمسک قال والدیۃ فی شبہ العمد والخطأ وکل دیۃ تجب بنفس القتل علی العاقلۃ

والعاقلۃ الذین یعقلون یعنی یؤدون العقل وھو الدیۃ وقد ذکرناہ فی الدیات والاصل

فی وجوبھا علی العاقلۃ قولہ علیہ السلام فی حدیث حمل بن مالک رضی اللہ عنہ للاولیاء قوموا

فدوہ ولان النفس محترمۃ لا وجہ الی الاھدار والخاطی معذور وکذا الذی تولی شبہ

العمد نظرا الی الالۃ فلا وجہ الی ایجاب العقوبۃ علیہ وفی ایجاب مال عظیم اجحافہ

كتاب المعاقل

واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع

الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل

قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند

الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية
ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك
الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا
لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث
سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما
صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ
منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ
منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك
الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطيات في كل سنة فرضت الدية في
الاعطيات دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطيات اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء
منه والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب
الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة

وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل لقول عمر رض لا يعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له فى الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفى الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه

من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت

القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا

مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل

البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل

معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا

احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر

موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى

بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت

فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى

بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم

ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان

اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت

ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع

التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي

بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف

لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال

انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل

عند عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطاياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم وعطاياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل

نصف العشر فصاعداً والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون
ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف
في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال
الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي
او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام
اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه
يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في
مال الجاني اخذاً بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزم العاقلة لقصور الولاية
عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم
ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث
سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على
عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة
عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء و
تصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته

لانہ فی حق حصتہ مقر علی نفسہ وفی حق العاقلۃ مقر علیہم قال واذا جنی الحر علی العبد

فقتلہ خطأ کان علی عاقلتہ قیمتہ لانہ بدل النفس علی ما عرف من اصلنا وفی احد قولی

الشافعی تجب فی مالہ لانہ بدل المال عندہ ولھذا یوجب قیمتہ بالغۃ ما بلغت وما دون النفس

من العبد لا تتحملہ العاقلۃ لانہ یسلک بہ مسلک الاموال عندنا علی ما عرف وفی احد قولیہ

تتحملہ العاقلۃ کما فی الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رحمہم اللہ ان القاتل اذا لم یکن لہ عاقلۃ فالدیۃ

فی بیت المال لان جماعۃ المسلمین ھم اہل نصرتہ ولیس بعضہم اخص من بعض بذلک و

لھذا لو مات کان میراثہ لبیت المال فکذا ما یلزمہ من الغرامۃ یلزم بیت المال وعن ابی حنیفۃ رح

روایۃ شاذۃ ان الدیۃ فی مالہ ووجہہ ان الاصل ان تجب الدیۃ علی القاتل لانہ بدل متلف

والاتلاف منہ الا ان العاقلۃ تتحملہا تحقیقا للتخفیف علی ما مر فاذا لم یکن لہ عاقلۃ عاد

الحکم الی الاصل وابن الملاعنۃ تعقلہ عاقلۃ امہ لان نسبہ ثابت منہا دون الاب فان

عقلوا عنہ ثم ادعاہ الاب رجعت عاقلۃ الام بما ادت علی عاقلۃ الاب فی ثلث سنین

من یوم یقضی القاضی لعاقلۃ الام علی عاقلۃ الاب لانہ تبین ان الدیۃ واجبۃ علیہم

لان عند الاکذاب ظہر ان النسب لم یزل کان ثابتا من الاب حیث بطل اللعان بالاکذاب ومتی

ظہر من الاصل فقوم الام تحملوا ما کان واجبا علی قوم الاب فیرجعون علیہم لانہم مضطرون

فی ذلک وکذلک ان مات المکاتب عن وفاء ولہ ولد حر فلم یؤد کتابتہ حتی جنی ابنہ وعقل

عنہ قوم امہ ثم ادیت الکتابۃ لانہ عند الاداء یتحول ولاؤہ الی قوم ابیہ من وقت

حریۃ الاب وھو اٰخر جزء من اجزاء حیاتہ فتبین ان قوم الام عقلوا عنہم

ويرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت بالاقرار في ثلث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الآمر وعلى عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية واذا كانت لعاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متاملا امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا

عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى **قال** ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث **قال** الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية

الا انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطها القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا

او غیر وارث وقت الموت لا وقت الوصیة لانہ تملیک مضاف الی ما بعد الموت وحکمہ یثبت

بعد الموت والھبة من المریض للوارث فی ھذا نظیر الوصیة لانہا وصیة حکما حتی تنفذ من

الثلث واقرار المریض للوارث علی عکسہ لانہ تصرف فی الحال فیعتبر ذلک وقت الاقرار

قال الا ان یجیزھا الورثة ویروی ھذا الاستثناء فیما رویناہ ولان الامتناع لحقہم فتجوز باجازتہم

ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز علی المجیز بقدر حصتہ لولایتہ علیہ وبطل فی حق الراد

قال ویجوز ان یوصی المسلم للکافر والکافر للمسلم فالاول لقولہ تعالی لا ینہاکم اللہ عن

الذین لم یقاتلوکم فی الدین الایة والثانی لانہم بعقد الذمة ساووا المسلمین فی المعاملات

ولہذا جاز التبرع من الجانبین فی حالة الحیوة فکذا بعد الممات وفی الجامع الصغیر الوصیة

لاھل الحرب باطلة لقولہ تعالی انما ینہاکم اللہ عن الذین قاتلوکم فی الدین الایة قال وقبول

الوصیة بعد الموت فان قبلہا الموصی لہ فی حال حیاتہ او ردھا فذلک باطل لان اوان ثبوت حکمہ بعد

الموت لتعلقہ بہ فلا یعتبر قبلہ کما لا یعتبر قبل العقد قال ویستحب ان یوصی الانسان

بدون الثلث سواء کانت الورثة اغنیاء او فقراء لان فی التنقیص صلة القریب بترک مالہ علیہم

بخلاف استکمال الثلث لانہ استیفاء تمام حقہ فلا صلة ولا منة ثم الوصیة باقل من الثلث اولی

ام ترکہا قالوا ان کانت الورثة فقراء ولا یستغنون بما یرثون فالترک اولی لما فیہ من الصدقة علی

القریب وقد قال علیہ السلام افضل الصدقة علی ذی الرحم الکاشح ولان فیہ رعایة حق الفقراء

والقرابة جمیعا وان کانوا اغنیاء او یستغنون بنصیبہم فالوصیة اولی لانہ یکون صدقة

علی الاجنبی والترک ھبة من القریب والاولی اولی لانہ یبتغی بہا وجہ اللہ تعالی وقیل

وهذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين

قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي رح هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قول له

والاثر يحول علي انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه
وذلك جائز عندنا وهو يخرج النواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر
النظر الي اوضاع التصرفات لا الي ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا
وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك
لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور
اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما
مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه **قال** ولا تصح وصية المكاتب
وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح
ردا لها الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك وفي الخلاف فيها
معروف عرف في موضعه **قال** وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر
من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة
في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد
بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه
شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها
اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود اولى
قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا

جلد ٤ كتاب الوصايا

ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولا يصح افراد الحمل
بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه
اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز
للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في
كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع
قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا
الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل
الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله
الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في
الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها او الظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون
الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها
وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع
العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا
قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون

رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ره
ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود
لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون
رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال
فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم
اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر
ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي
فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه
يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا تزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في
سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى

لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق
الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار
ثلثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر
بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث
بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ
لها بحال فبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه
كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف
ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه
يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق
بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف
المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول
وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن

جلد
كتاب
الوصايا

ومثل الشيء غيره وان كان يتقيد به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال وتكل
بالصفة وجوابه ما قلنا قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص
عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا
لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه
عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله
عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا
قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة
فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من
ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل
السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا
اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال
زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على

الشركة ويبقى ما بقى فيها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس
الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية
مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه
لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت
الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك
المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلثة من
رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة
وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد
ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل
بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه
امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين
وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه
بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير
مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا
عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها
كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان

الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يزاحم الحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية
للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو
نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان
من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت
لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند
الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك
الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت
فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له
غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت
باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي
وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضاف الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة
اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل
لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر
الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا
اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن

جلد ٤ كتاب الوصايا

ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه هذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح
ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات
الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد وبلغ الحساب خمسة
والثلثة للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى
مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى
لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة
للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم
ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن
تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف
نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه
معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا
للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان

انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد

يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته

فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا

فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة

قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة

لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم

وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد

خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده

من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه

فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان التركة دينا

شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق

في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف

على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية

وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في

الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل

للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل

وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي

ايضاً لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكماله فتصح في حق من تصح منه اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا

قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا ووسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة

قال واذا كانت الدار بين رجلين واوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد له نصفه الموصى له

وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابی یوسف رح

وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها

مشتركة فتنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ

الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب

الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل

ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا

قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية

بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما

يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك

يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في

نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود

الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير

كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان

جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصي من ذكر

البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه

جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير اولا نه اراد التقدير

جلد ٤

كتاب الوصايا

على اعتبار احد الوجهين وفي التمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق
المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد الحي ثم اذا وقع البيت في نصيب
غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة
اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة اذرع
نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة
سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك
الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك
الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته فلا تنفذ قال ومن اوصى من
مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز
وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا
فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان
الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا
اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة
الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده
وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله

لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف ووجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع فى التركة وهى فى ايديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما فى يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول ابى يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ اخذه من الولد وفى الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ست مائة درهم وامة تساوى ثلث مائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلث مائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز

جلد ۴ كتاب الوصايا

بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا
فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن
الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر
ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال واذا اقر المريض لامرأة
بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت
الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر
من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الاول
يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك
ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد
الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند
عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان
ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث
تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت
الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار

لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر
في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح
لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة
فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
بمنزلة الوصية فلا تصح **قال** والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث
وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب
فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو
معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله
جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها
ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك
ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم
فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال
صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه

كتاب الوصايا

حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال وان حابى ثم
اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء
وقالا العتق اولى في المسألتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من
اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض
والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان
الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس
الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى
لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل
الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها و
بين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين
العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق
اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق
عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ
وان لم يهلك منها وبقي شئ من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه
وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك
لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل
وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة
بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير
دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته
مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شئ لان العتق في
مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة
الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي

جلد ٤ كتاب الوصايا

فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باقٍ وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث ماله لآخر
فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه فى الصحة وقال الوارث
اعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا ان يفضل من الثلث شئ او تقوم له
البينة ان العتق فى الصحة لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان
العتق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه
العتق فى المرض وهو وصية والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا
والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل
شئ من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق فى الصحة
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه **قال**
ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقنى ابوك فى الصحة وقال رجل لى على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى فى قيمته عند ابى حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق
فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق فى الصحة لا يوجب
السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات لرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس

جلد ٤ كتاب الوصايا

يقدم بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما
بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة
في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه
من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه
لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها
فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها اصلا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل

قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من
اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

كتاب الوصايا

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن

قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رح وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت

قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه

وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل **قال** ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رح وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى **قال** واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية

كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ
للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى
والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا
اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ
جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى
لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم
نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وله
ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم
تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل
القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت
ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء
وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون
من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان ولعميانهم ولزمناهم ولأراملهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق
التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم
لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي

تتعين تحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم
لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ
عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى
الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة
اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة
لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان
بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ
هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم

قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم
الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه
وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى
مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء والله أعلم بالصواب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف

على حكم ملك الواقف فيجوز موقتاً ومؤبداً كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثاً للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً وفي المهاياة تقديم احدهما زماناً ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضاً لان الحق لهما الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصى بطلت لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل

ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك
لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او
دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في
حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار
وقال الشافعي رح له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او
غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك
ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل
اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير
الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم
ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع
للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا
للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها
بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير
عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له
ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه

إلى أهله للخدمة فهالك فإذا كان يخرج من الثلث لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من
مقصود الموصي فإذا كانوا في مصر فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة
السفر وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة
داره يجوز أيضاً لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة
لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى فلو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة
لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء ولو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإنه
يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له إلا أنا نقول المطالبة
بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار
وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر
برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه
الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة
بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة
لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها
نظائر وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى
لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى

كتاب الوصايا

لاشئ لصاحب الظرف فى المظروف فى هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابى يوسف رح وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك فى اخواتها لابى يوسف رح ان بايجابه فى الكلام الثانى تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا فى حال حيوة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رح وان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال** ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود

وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه
وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد
بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه
ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن
وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك
المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع
اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد
ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها
بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا
بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا تصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره
بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله
ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين

جازت الوصية عند ابی حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة
وان كان فی معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فی تنفيذها من تقرير
المعصية ولابی حنيفة رح ان هذه قربة فی معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز
بناء علی اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية فی معتقدهم لا تجوز الوصية
اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابی حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانی وانما يزول ملكه بان
يصير محرزا خالصا لله تعالی كما فی مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالی
حقيقة فتبقی ملكا للبانی فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق
حق العباد به وفی هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع
لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه فی غير ما هو قربة عندهم فيبقی فيما هو قربة على
مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمی على اربعة اقسام منها
ان تكون قربة فی معتقدهم ولا تكون قربة فی حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمی بان
تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه
ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة فی حقنا ولا يكون قربة فی معتقدهم كما اذا اوصى بالحج
او بان يبنی مسجد للمسلمين او بان يسرج فی مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة فی حقنا وفی حقهم كما اذا اوصى بان يسرج فی بيت المقدس

او يغزو الترك ويغزو الروم وهذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية
بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في
حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم
الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق
الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد
فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى
لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا يصح باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار
الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي
على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز
لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه
في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز
لانه مستامن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات

ولو اوصى لمخالف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يوصي الى غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرطه الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه

دلل القاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر بسقوط الوصاية فيدفع القاضي الضرر
عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بامضاء القاضي

قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان
الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه
باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل
ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد
حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية
العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر
على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم
غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا
يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار
لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء
بالوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا
تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيروي مرة مع ابي حنيفة وتارة مع
ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية

للمالك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذا تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى **قال** ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال** ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رح دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء

لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح

للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا

للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة

فينزل ذلك منزلة قرابتهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض

وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف

الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق

لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا

يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه

فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف

الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي

ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التاخير فساد

الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا

ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون

لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ

المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية

بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع

فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات

ولانه يملكه الامر والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف
لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع
في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي
الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد
وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات
احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا
آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان
في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف
وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق
حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف
ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول
اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل
الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه

فكذا الوصي وهذا لانه يملكها الولاية وقد قام غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في

الذي هو بسبيله في الوصاية فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية

قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان

الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي

الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى

يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون

خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له

ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا

لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند

غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان

الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة

فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة

ويبقى ما بقي على الشركة **قال** فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له

بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من

ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا

للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث **قال** محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو

افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه

وصية الذي قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها مابقي محلها

واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لاتراد لذاتها بل المقصود هو التاد

فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيجب بثلث مابقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة

المسماة اذ لاقابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن اوصى

بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية

صحيحة لهذا الوجه ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسيما

في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب

وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل **قال** واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من

الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان

كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة

والبيع لايبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق

الاستسعاء اما ههنا فبخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين

فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة

عليه وهذه عهدة لان المشتري منه مارضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ

الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع

عليه كالوكيل وكان ابوحنيفة رح يقول اولا لايرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع

في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث

وجد الطاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي
او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد
هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
وكذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر **قال** وان قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه
عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه **قال** واذا
احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املأ اذ الولاية نظرية وان كان
الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه **قال** ولا يجوز بيع الوصي
ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز
عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم
بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي
لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش
تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة
وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره
من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا
يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا

قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب لا يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضاً لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

قال واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معيناً لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر

لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير
بشيء من مال الميت وغيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في
المشهود به قال وان شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية
التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية
بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية
وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان
لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رح وعن ابي يوسف
مثل قول محمد رح وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين
بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت
الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله

كتاب الوصايا

وشهد للمشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت وصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانه قد يكون للاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثدييه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين

جلد ٤ كتاب الخنثى

وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال
رجل فيفسد صلاته فان قام في صف النساء فاحب الي يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام
في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه
صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان
امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته
ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة
تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه
رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال
ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها
في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف
قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر من غير محرم
من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي في لباسه لانه ان
كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له ترك لبسه وقال محمد رح يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو
امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ وان حلف بطلاق او عتاق ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك